INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

60

A DIALOGUE AT THE COURT

Proceedings of the UNITAR Colloquium held on the occasion of the Sixtieth Anniversary of the International Court of Justice, at the Peace Palace on 10 and 11 April 2006

Edited and published by the Registry of the Court

UNITAR

UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH

ISBN 92-1-071027-4

Sales number **918**

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

A DIALOGUE AT THE COURT

Proceedings of the ICJ-UNITAR Colloquium held on the occasion of the Sixtieth Anniversary of the International Court of Justice, at the Peace Palace on 10 and 11 April 2006

Edited and published by the Registry of the Court

UNITED NATIONS INSTITUTE FOR TRAINING AND RESEARCH

PRINTED IN THE UNITED KINGDOM

Table of Contents

	Page
Introduction	1
Opening of the colloquium	2
Panel I. Issues of jurisdiction	4
1. The advantages of the various bases of the Court's jurisdiction	4
Points raised during the discussion	5
2. The optional clause system	6
Why do some States accept the optional clause?	6
Why do some States choose not to accept the clause?	6
What reservations might be considered reasonable?	7
Practical steps to encourage acceptance of the optional clause	7
3. Reservations to the optional clause under Article 36, paragraph 2, of the Statute of the Court	8
Points raised during the discussion	10
4. Particular issues relating to special agreements	15
Points raised during the discussion	17
Panel II. Procedural issues	18
1. Questions relating to the written proceedings (particularly in respect of special agreements)	18
The order of the pleadings and the fixing of time-limits	18
Incidental proceedings	19
Points raised during the discussion	19
2. Questions relating to oral proceedings	20
Points raised during the discussion	22
3. Issues of evidence	25
The Court's powers in admitting and assessing evidence	25
Discretionary power to assess evidence	25
Cartographic material	26
Visits *in situ*	28
Colonial documents, evidence of "colonial title" or "legal title"?	28
Witness statements: affidavits and *sommations interpellatives*	29
Other matters of evidence	29
Points raised during the discussion	30
4. Questions of implementation and compliance	31
Points raised during the discussion	33

Panel III. Issues of access to the Court 35

1. International organizations, in particular the United Nations, in advisory procedures before the Court 35

Points raised during the discussion 37

2. Composition of a legal team to appear before the Court 39

Means of instituting proceedings 39
Nature of the dispute before the Court 39

3. Cost of proceedings before the Court 40

Points raised during the discussion 41

4. Deciding to request a chamber 42

Formation of chambers 42
Procedure 43
Article 90 of the Rules of Court 44
Judgments of the *ad hoc* chambers 44

Points raised during the discussion 45

Report by H.E. Judge Bruno Simma 47

INTRODUCTION

The International Court of Justice organized a colloquium on 10 and 11 April 2006 at the Peace Palace in The Hague to commemorate the sixtieth anniversary of its inauguration.

The colloquium, held in co-operation with UNITAR (United Nations Institute for Training and Research), consisted of a dialogue between the Court, on the one hand, and, on the other hand, the agents and international legal advisers of the States which had appeared before it during the previous ten years in both contentious and advisory proceedings. Certain counsel and advocates with experience of the Court were also invited to take part, along with former Members of the Court and present and past judges *ad hoc*.

The colloquium was conducted in English and French under the Chatham House Rule, namely:

> "When a meeting, or part thereof, is held under the Chatham House Rule, participants are free to use the information received, but neither the identity not the affiliation of the speaker(s), nor that of any other participant, may be revealed."

Essentially focused upon the practical experience of the participants, the colloquium was organized around three consecutive panels dealing with the following themes: Issues of Jurisdiction, Procedural Issues and Issues of Access to the Court. Each panel was chaired by a Member of the Court, respectively the President, Judge Rosalyn Higgins, the Vice-President, Judge Awn Shawkat Al-Khasawneh, and Judge Bruno Simma. Within each theme panellists were selected by the Court to make brief presentations on four specific areas. These presentations were followed by discussions among the participants.

On 12 April 2006, Judge Bruno Simma gave a short report on the results of the colloquium to the solemn sitting held by the Court in the Peace Palace to mark its sixtieth anniversary in the presence of Her Majesty the Queen of the Netherlands, the Secretary-General of the United Nations, H.E. Mr. Kofi Annan, the President of the Sixtieth Session of the United Nations General Assembly, H.E. Mr. Jan Eliasson, the Minister for Foreign Affairs of the Netherlands, H.E. Mr. Bernard Bot, and a whole host of distinguished guests. These guests included members of the Diplomatic Corps, representatives of the Dutch Parliament, the Dutch Government and other Dutch institutions, and the senior representatives/staff of international organizations based in The Hague, such as the Permanent Court of Arbitration (PCA), the Iran-United States Claims Tribunal, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) and the International Criminal Court (ICC).

OPENING OF THE COLLOQUIUM

On behalf of all of the Members of the Court, Judge Rosalyn Higgins, President of the Court, warmly welcomed the guests and speakers to the joint colloquium of the International Court of Justice and the United Nations Institute for Training and Research (UNITAR). The President thanked UNITAR for its invaluable assistance in organizing the colloquium, in particular Mr. Marcel Boisard, Executive Director of UNITAR, and Mr. Roy Lee, Special Senior Fellow of UNITAR. The President also expressed her gratitude to the United Nations Foundation, the Leitner Family Foundation and the John D. and Catherine T. MacArthur Foundation.

The President noted that Judge Simma, assisted by a working group consisting of Judge Buergenthal, Judge Owada, former Judge Elaraby and herself, had worked with characteristic vigour to put together a series of fascinating panels on issues that lie at the heart of the Court's ability to respond as efficaciously as possible to its clientele. They had been enthusiastically and efficiently supported by the Registrar, Mr. Philippe Couvreur, and by the Head of the Information Department, Ms Laurence Blairon.

Recalling that the colloquium was entitled "A Dialogue at the Court", President Higgins observed that the colloquium's purpose was for the Court to engage in a structured conversation with its clients, the States, as represented by the Legal Advisers of those States that have appeared before the Court over the past decade. The themes chosen, namely jurisdiction, procedure and access to the Court, constituted the main areas where the Court faced new challenges arising from its heavy docket and the complex subject-matter that came before it. The colloquium's audience consisted of current and former Members of the Court, former judges *ad hoc*, current and former legal advisers of the Ministries of Foreign Affairs of States that have appeared before the Court since 1996, as well as academics and practitioners who have served as counsel or advocates during the last ten years. As for the panellists, they had all, in different capacities, been directly involved in contentious or advisory cases brought before the Court during the same time period. The panels had been selected to reflect this exposure and the wide diversity of countries using the Court. President Higgins drew the audience's attention to the geographical diversity of the audience and thanked those participants who had travelled long distances to attend the colloquium.

The President reminded the audience that the purpose of the colloquium was not to re-litigate the legal issues that many participants had already presented before the Court, but rather for them to address their particular experiences in preparing for and participating in a case, and

in giving effect to the judgment before the Court. To encourage frank discussion, the "Chatham House Rule" would apply. Thus, while points made could freely be referred to, neither the identity nor the affiliation of the speaker could be revealed.

PANEL I. ISSUES OF JURISDICTION

Monday 10 April 2006
14.00-17.00 hours

Chairperson/Moderator: Judge Rosalyn Higgins, President of the Court

1. The Advantages of the Various Bases of the Court's Jurisdiction

The panellist drew attention at the outset to three self-evident truths: first, that State sovereignty would always be an obstacle to any system of overall compulsory jurisdiction; second, that no inter-State dispute was exclusively legal or exclusively political; and third, that the field of operation of international justice was being influenced by the rapid development of international law.

The bases for the jurisdiction of the Court, all deriving from the consent of States, could be classified as voluntary or as obligatory, the latter category being the exception.

The characteristic of voluntary jurisdiction was the consent of two or more States to bring before the Court a specific dispute between them; such consent being most often embodied in a *compromis*, defining the subject of the dispute and the questions put before the Court. Voluntary submission of a dispute to the Court could also result from the conduct of a State cited as respondent, signifying lack of objection to the jurisdiction (principle of *forum prorogatum*).

Such voluntary bases of jurisdiction had a number of advantages: they respected the sovereign equality of the parties, they precluded lengthy argument as to whether the dispute existed; and the Court's jurisdiction did not depend on whether the dispute was classified as legal or political. The role of the Court as regards its competence in such cases was simply to verify and respect the parties' freedom to enter into commitments.

The obligatory jurisdiction of the Court derived from a consent given by a State to the submission to the Court of future disputes, defined in advance to a greater or lesser degree. Such consent might be given in a compromissory clause, or a dispute-settlement treaty, or by an acceptance of the optional clause of Article 36, paragraph 2, of the Statute.

The advantage of these bases of jurisdiction was that they displayed the confidence of States in judicial settlement of their disputes, and recognition of the priority of the interests of the international community over individual sovereignty. Consent of this kind might nevertheless be subject to reservations. The role of the Court was to establish that the parties were in fact bound by the treaty instrument relied on, and that its jurisdiction was not excluded by a reservation made by one of them.

These two categories of bases of jurisdiction represented a fragile

balance between the sovereign equality of States and the role of international justice in an international law in constant development. They were not mutually exclusive, but could be invoked in combination, and contested *seriatim* by the respondent State. To challenge the jurisdiction of the Court was a proper means for a State to defend its sovereignty and ensure a correct application of international law. However, that balance signified that the most ardent proponent of State sovereignty would find it advantageous to recognize the Court's jurisdiction in order to achieve peaceful settlement of its disputes.

Points raised during the discussion

According to one speaker the categories of disputes set forth in paragraph 2 of Article 36 have proved to be a great source of confusion, and he suggested that perhaps it would be best to eliminate them altogether. He observed that a definition of a dispute had already been made clear by the Permanent Court of International Justice in the *Mavrommatis* case, and that this definition should be sufficient guidance without the need for spelling out categories of disputes.

In disagreement with the first speaker's comment, it was asserted that the four categories of disputes set forth in Article 36, paragraph 2, created no significant problems for dispute resolution at the Court. In his view, if the Court's Statute were to be amended, it should be amended with regard to more significant issues, such as the proposal that compulsory jurisdiction should be based on an "opting out clause" rather than an "opting in clause". With regard to the question of friendly negotiations, he noted that at times the pressure of possible recourse to the Court could facilitate friendly negotiations and diplomatic settlement of disputes.

A further speaker asked whether *forum prorogatum* could truly be considered a separate basis of jurisdiction. He further raised the question of whether *forum prorogatum* could have any future as a basis of jurisdiction given the Court's practice.

The panellist commented that the question of *forum prorogatum* was more theoretical than practical. In general, he was of the view that there was no hierarchy between the different bases of jurisdiction.

Another speaker noted that after his 11 years as a Member of the Court, he had not formed an opinion as to the merits of *forum prorogatum*, but was wondering whether anyone else had.

In respect of *forum prorogatum*, another speaker stated that consent is normally given expressly, and States tend to be extremely careful about it. He noted that in very rare instances would States accept jurisdiction in an implied manner by responding to the arguments of the Applicants without objecting to them.

In this regard it was observed by another speaker that in a recent case France had had occasion to agree to the Court's jurisdiction on the basis of Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court. Noting that *forum prorogatum* as a basis of jurisdiction had been rather neglected, he

suggested that States should apply it more often as a basis for jurisdiction before the Court.

It was suggested that *forum prorogatum* has definitely its uses because in such a case the legal positions of the parties are placed on record in very clear terms.

2. The Optional Clause System

The panellist drew attention to the fact that the United Kingdom was currently the only member of the United Nations Security Council that had an optional clause declaration in force. Three questions were raised for discussion:

(1) Why do some States accept the optional clause, while others, often in a very similar position, do not?
(2) What reservations or conditions may reasonably be included in a declaration, thus making States feel more comfortable about accepting the optional clause?
(3) What practical steps could be taken to encourage acceptance of the optional clause?

The optional clause system had been more fruitful than other efforts to secure acceptance of a general compulsory jurisdiction, even though it could hardly be said to have been an overwhelming success. One no longer spoke of the "decline" of the clause. But it remained the case that just over one third of the Members of the United Nations had declarations in force. Some declarations contained far-reaching reservations. The breakdown of countries accepting the optional clause by regional group was worth noting; Africa having the largest number of declarations in force, with 20; Asia, having the smallest number, with only six.

Why do some States accept the optional clause?

Being party to the optional clause system had symbolic importance as it represents support for the principal judicial organ of the United Nations, for the peaceful settlement of disputes, and for the rule of law in international affairs.

A more concrete reason was that acceptance of the clause increases the likelihood of disputes being resolved through third-party settlement. This, in turn, may increase pressure to settle disputes through negotiation and may also encourage States to comply with the law, to avoid finding themselves appearing as Respondent before the Court.

Why do some States choose not to accept the clause?

Some States might find that the disadvantages of the optional clause outweigh the advantages. States might see few situations in which they would wish to bring proceedings, and conversely fear being a Respondent. The costs of litigation and bureaucratic inertia could be factors weighing against acceptance of the optional clause.

What reservations might be considered reasonable?

The question of what could be considered a reasonable reservation varied according to the circumstances of particular States. As a general matter, a reservation excluding stale or historical disputes could be considered a reasonable reservation. In the case of the United Kingdom, perhaps disputes concerning events dating back more than 30 years could be considered reasonable. In the case of those States just emerging from troubled times, a much shorter period of time, excluding recent disputes, would be understandable.

Second, a reservation providing for a 6-, 9-, or 12-month delay in the operation of an Applicant's declaration, to prevent "surprise" applications, could be considered reasonable. Such a clause had become common following the case concerning *Right of Passage over Indian Territory (Portugal* v. *India)*. A third type of reservation that could be considered reasonable, although more controversial, was one that maintained the right to terminate acceptance of the optional clause or amend the terms of acceptance upon reasonable notice or even without notice. Fourth, an exception for disputes which the parties have agreed to settle by some other method could be considered a reasonable reservation. Such a reservation maintained the priority of specific arrangements, which were becoming more common these days as a result of the growth of international courts and tribunals.

Practical steps to encourage acceptance of the optional clause

Recently, in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo* v. *Rwanda)*, a Member of the Court had highlighted calls to accept the optional clause, made by the Secretary-General and by the General Assembly. General and sweeping calls to accept the optional clause had gone largely unheeded over the years, however.

A second practical step to encourage acceptance of the optional clause was to raise the question for discussion in regional groupings, or in the Sixth Committee. Within the European Union, the Committee on Public International Law (known as COJUR) had for the last couple of years been considering the question of the optional clause (and more widely, acceptance of the jurisdiction of the Court). No less than 17 of the 25 members of the European Union had declarations in force, that is, over two-thirds of the members. The more European Union States accepted the Court's jurisdiction, the more convincingly the European Union could urge others to settle their disputes through peaceful means, including, where appropriate, through the Court. A similar exercise was under way within the Council of Europe, which of course included a much wider group of States. It was suggested that perhaps other regional organizations, such as the Asian-African Legal Consultative Organization, or the African Union, or the Organization of American States, should also take up the matter once again.

Drafting a model declaration could be a third practical step to assist States contemplating acceptance of the optional clause or modification

of their declarations. At present, the drafting of declarations has developed in an *ad hoc* manner; it was often the case that one State made a declaration, and others copied it in whole or in part, despite the fact that sometimes the language reflects a particular problem faced by one State and not by others. Sometimes declarations are obscure, perhaps because they were drafted in haste. If States had greater confidence in the effect of their declarations, they might more readily accept the optional clause.

In conclusion, it was observed that the optional clause was a highly sophisticated and flexible means of accepting the compulsory jurisdiction of the Court. It was hoped that discussions of the optional clause system held at meetings such as the present colloquium would lead to a better understanding and a strengthening of the optional clause system.

3. Reservations to the Optional Clause under Article 36, Paragraph 2, of the Statute of the Court

The panellist indicated that the International Court of Justice exercises compulsory jurisdiction as provided for in Article 36 of the Statute. Under Article 36, paragraph 1, of the Statute, the Court has jurisdiction, in addition to all cases referred to it by States parties, in respect of "all matters specifically provided for in the Charter of the United Nations or in treaties in force". This provision did not confer on the Court any additional source of compulsory jurisdiction: while "treaties in force" provided jurisdiction to the Court, this type of jurisdiction was subject to evaluation by the Court in each individual case, as sometimes the compromissory clause is not self-evident. The General Act for Pacific Settlement of International Disputes, signed at Geneva on 26 September 1928, which was invoked as a jurisdictional basis in the case concerning the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan* v. *India)* raised serious questions as to its availability as a "treaty in force" following the demise of the League of Nations. The Court had so far not taken the occasion to pronounce upon this matter.

While some 66 States had submitted declarations under Article 36, paragraph 2, accepting the compulsory jurisdiction of the Court, almost all of them contained reservations. States in this respect enjoyed wide liberty in limiting the scope of the declarations. For example, States might exclude various kinds of disputes from such scope, or prescribe the condition of reciprocity on the part of certain States or for a certain time. Several declarations had been revised and resubmitted.

Reservations might exclude, *inter alia*:

(1) disputes between certain States;
(2) disputes arising from a time prior to the date of acceptance of compulsory jurisdiction of the Court;
(3) disputes in respect of which other arrangements for peaceful settlement had been agreed to or provided for;
(4) disputes in respect of which compulsory jurisdiction was only

accepted by the other party and the declaration of acceptance was submitted or ratified less than 12 months prior to the filing of the application bringing the dispute to the Court;
(5) disputes arising from or during armed conflicts;
(6) disputes which fell essentially within the domestic jurisdiction of the State party;
(7) disputes with States with which the party did not have diplomatic relations; and
(8) disputes concerning the law of the sea, modification or delimitation of frontiers including maritime boundaries;
(9) disputes with non-sovereign entities.

It might be useful to consider the declaration made by India as an example in analysing the role and importance of reservations to the optional clause. British-India first submitted its declaration in 1940 accepting the compulsory jurisdiction of the Permanent Court with some reservations. Following its independence, India revised this declaration in 1956 and excluded the following:

> "(i) disputes in regard to which the parties to the dispute have agreed or shall agree to have recourse to some other method of peaceful settlement;
> (ii) disputes with the Government of any country which on the date of this Declaration is a member of the Commonwealth of Nations, all of which disputes shall be settled in such manner as the parties have agreed or shall agree;
> (iii) disputes in regard to matters which are essentially within the domestic jurisdiction of India as determined by the Government of India; and
> (iv) disputes arising out of or having reference to any hostilities, war, state of war or belligerent or military occupation in which the Government of India are or have been involved."

India further revised the declaration in 1959, in reaction to the way in which Portugal had succeeded in establishing the jurisdiction of the Court in the case of the *Right of Passage over Indian Territory*.

The current declaration of India had been framed in 1974. Issues concerning armed conflicts were also excluded. The reservations made by India to the acceptance of compulsory jurisdiction of the International Court admittedly covered many disputes, which therefore could not be submitted without its consent. According to one commentator, India's broad reservations contained in its declaration under Article 36, paragraph 2, would seem to preclude the possibility of the Court entertaining any dispute involving India, whether as Applicant or Respondent, on the jurisdictional basis of the optional clause.

However, cases involving India could still be brought before the Court with India's consent, a possibility which should not be dismissed altogether. As times change, the relevance of the context which govern the reservations to the optional clause also progressively diminishes. As

a matter of record. India has figured on the docket of the Court at least four times.

Reservations did not by their terms derogate from a wider acceptance of the compulsory jurisdiction already given; rather, they operated to define the parameters of the State's acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court. The respect States hold for the Court as the premier international judicial body in charge of applying and developing universal international law should not be measured only in terms of the number of times States appear before it. It should be possible to measure the same through an enumeration of the myriad ways in which the principles developed by the Court were invoked daily by States in their mutual relations, and as a basis for the agreements they conclude. It was noted as an example that India had settled its maritime boundaries with the Maldives, Sri Lanka, Indonesia, Thailand and Myanmar precisely by using the jurisprudence of the Court developed on maritime boundary delimitation.

The panellist concluded by observing that reservations were a primary means of promoting the concept of compulsory jurisdiction of the Court, and an important tool for allowing States to support the principle of pacific settlement of disputes. At the same time, reservations allowed States the right to decide whether recourse to that jurisdiction was the best method open to them. It had been suggested that in some cases judicial settlement might not be the appropriate means for settling a dispute between States, as reflected in the United Nations Charter (Article 33), which refers to several other means including negotiation as a method for peaceful settlement of disputes.

Points raised during the discussion

One speaker indicated his view that, in terms of convincing States that they should accept the compulsory jurisdiction of the Court, the use of the expression "optional clause" was preferable to "compulsory jurisdiction" since the latter intimidated governments. He noted that it was important to provide more thorough explanations to governments about the right to make a declaration, the right to make reservations, and reciprocity. It was suggested that once these elements of the optional clause were better explained, the optional clause would be accepted by more States.

With regard to declarations, it was observed by another speaker that 67 States had made declarations pursuant to Article 36, paragraph 2, of the Statute, and that there existed a number of clauses in treaties providing for the Court's jurisdiction. He recalled that in 1957 Egypt had accepted the compulsory jurisdiction of the Court for all matters related to the Suez Canal (in accordance with the Convention of Constantinople of 1888). No State had brought a dispute against Egypt before the Court on that basis. He suggested that those States that were reticent towards the compulsory jurisdiction of the Court should consider Egypt's experience in this regard, and submit a declaration with regard to a particular matter. He noted, as a matter of background history that it was the then

Secretary-General of the United Nations, Dag Hammarskjöld, who had proposed this solution to Egypt. Today the Secretary-General should take on a more active role in encouraging States to accept the Court's jurisdiction with regard to certain matters.

Another speaker indicated that since neither declarations under Article 36, paragraph 2, of the Court's Statute, nor the *compromis*, adequately responded to current realities, it was time to search for alternative solutions. He was in favour of the suggestion that the United Nations Secretary-General might identify disputes that require international dispute resolution before the Court.

It was noted by another speaker that he had ceased to be an ardent advocate of the optional clause system, although he found that the optional clause had symbolic significance as an expression of confidence in the Court and in the peaceful resolution of disputes. He observed that the fact that many of the cases of the Court were brought pursuant to the optional clause system led to an impoverished jurisprudence, since the optional clause system forced the Court to construe instruments that were unilateral expressions of will.

He was also of the view that there was no antagonism between the different bases of jurisdiction of the Court. The Court could be more carefully liberal about the way it assessed and construed jurisdiction. It was unhealthy for States that might have locked horns for years over a dispute to discover in the end that the Court declined jurisdiction over their dispute. It was important for litigating States to come together and carry out negotiations prior to coming to the Court.

In response to the criticism of the optional clause by a previous speaker, another speaker suggested that the problems cited resulted equally from compromissory clauses inserted in multilateral or bilateral treaties: preliminary objections, often resulting in lengthy delays, were not avoided under such treaties. In his view, the Court had had the opportunity to elucidate important issues of international law through its examination of preliminary objections.

According to another speaker, the compulsory jurisdiction of the Court would no doubt strengthen the value of international law. It was however the perception of States that they were overly exposed by the system of compulsory jurisdiction of the Court. In his view, reservations that were reasonable included those imposing a delay of 12 months between the deposit of the declaration and the filing of a case. He also considered that self-judging or automatic reservations, although controversial, could also be acceptable.

With regard to the value of the optional clause system, the question was raised whether the fact that the Court has always rejected preliminary objections based on the contention that the dispute was of a political rather than a legal nature did not indicate certain difficulties in applying the optional clause.

In response, it was noted that the system necessarily included a balance between political and legal considerations. The speaker indicated that Belgium, for example, had recently been involved in two cases before the

Court as a Respondent, and the preparation of its defence had involved legal and political considerations.

Another speaker indicated that the optional clause system, although functioning well so far, risked serving the interest of Respondents. In this regard he cited development since the case concerning the *Right of Passage over Indian Territory* as an example, where an Application was filed by Portugal immediately following its deposit of its declaration accepting the optional clause. He noted that the situation had changed due to the adoption of reservations (already mentioned) providing for a delay period of 12 months between the deposit of the Applicant's declaration and the filing of the case. He supported the idea of an "opting out" clause, similar to the type of reservations in the Law of the Sea Convention. Noting the difficulties involved in amending the Court's Statute, he suggested that a more practical solution was to include provisions of this nature in new regional treaties.

It was observed that States, by virtue of their declarations, might constrain the Court from choosing among the international law principles to be applied on the merits. With regard to the optional clause, a speaker proposed that the United Nations encourage the use of compromissory clauses in multilateral treaties referring disputes to the Court.

Another speaker noted that the Court (for example in the case concerning the *Aerial Incident of 10 August 1999 (Pakistan* v. *India)*) seemed to have stated that self-judging reservations were unacceptable. He observed that, nonetheless, several declarations with self-judging reservations still existed, most of them made before 1960. He asked how governments were likely to respond to the development of *jus cogens* as affecting the formulation of their reservations? In this regard, he referred to the arguments advanced by the Congo in its recent case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo* v. *Rwanda)*. He asked whether States, when drafting reservations, would take *jus cogens* into consideration, or would they rather wait for some kind of signal from the Court?

It was observed that Honduras had in 1986 made reservations in respect of the determination of maritime boundaries. The speaker stated that these were due to the fact that the Convention on the Law of the Sea had entered into force, and that Honduras had maritime boundaries with eight countries in the Caribbean Sea. Honduras was concerned about being "ambushed" in the Court by eight countries. Fortunately enough, Honduras was able to seek agreements with the United Kingdom and Mexico through friendly negotiations.

Another speaker indicated that he had had the opportunity to review the declarations recognizing as compulsory the jurisdiction of the Court. He observed that some declarations were left over from the 1920s, and were very disparate in nature; he was in favour of the idea of a model declaration.

It was suggested that it was important for States to implement a periodical review of their reservations. The reservations made by the speaker's own government in 1986 had been devised in the light of a very

different political situation and could be revised and reduced in light of the current political situation.

Another speaker was of the opinion that, in view of the difficulties inherent in trying to improve the optional clause system, it was best to live with it: all the bases for obtaining consent of a State to submit disputes to the Court were of value. However, he indicated that special agreements should not attempt to exclude the possibility of obtaining provisional measures, or instruct the Court on the applicable law for a given dispute. This would be even more dangerous than limiting the consent to the Court's jurisdiction.

According to another speaker, it was ironic that two of the major participants in the discussion of the optional clause should come from the United Kingdom and India, given that the clauses of India and the United Kingdom were in effect without substance. It was his view that it would be best to have a well-negotiated *compromis* rather than to have incomprehensible declarations such as those from the United Kingdom and India. He also asked whether the International Law Commission should take up the question of an "opting-out" clause.

A panellist agreed that that would be desirable, but indicated his disagreement with the speaker's observation regarding the declarations of India and the United Kingdom. In particular, the declaration of the United Kingdom was not meaningless, even though the reservation of the right to amend it at any moment could pose some policy, or even legal, problems.

It was the view of one speaker that the United Kingdom should be commended for its adherence to the Court's compulsory jurisdiction. He thought that it was notable that among the United Kingdom reservations there was no self-judging reservation, as self-judging reservations were not compatible with the Court's Statute. The Court would do well to take a conservative view of its jurisdiction; if the Court were to take an expansive view of its jurisdiction, States might not wish to participate any longer in the Court, something that had happened in recent years. Was it not Japan that had suggested that a factor for choosing judges for the Court should be the extent to which the candidate's own country had adhered to the compulsory jurisdiction of the Court? He considered that such a proposal was sound.

A panellist noted his disagreement with the comments made on the reservations of the United Kingdom and India, recalling that India had appeared four times before the Court already, a fact indicating that India's optional clause was far from insignificant. He suggested that India's reservations were not an indication that India would reject a case *ipso facto*; rather, India would examine each situation. Moreover, he noted that the Court had recognized the liberty of States to make reservations.

Another speaker recalled that at the time of the first Hague Conference, the internationalist movement had been for the creation of a permanent court with comprehensive compulsory jurisdiction. It was an oxymoron for the Court to have compulsory jurisdiction through an optional clause.

He recalled that during the preparation of the Vienna Convention on the Law of Treaties, Part V, the question had arisen why States were so reluctant to submit to the compulsory jurisdiction of the Court, and it was found that most States were most reluctant in regard to the most vulnerable aspect, namely *jus cogens*. Why was it that States were accepting patches of compulsory jurisdiction, such as compulsory jurisdiction before the World Trade Organization (WTO), but not compulsory jurisdiction before the Court?

Another speaker indicated agreement with the last intervention: she noted that in most cases, acceptance of third-party settlement, by tribunals with compulsory jurisdiction over matters covered also by the Court's jurisdiction, had been part of the package.

In response to the question why so many countries were willing to accept the compulsory jurisdiction of other dispute settlement bodies in important areas, such as for example international trade (i.e., the Appellate Body of the World Trade Organization) another speaker observed that it depended very much on which States were at the forefront of the negotiations, and on chance. One example he cited was the Law of the Sea Convention, in which States sought compulsory jurisdiction to preserve delicate issues such as the distribution of resources in the exclusive economic zone. He noted that it had been the United States, through Louis Sohn, that had managed to convince so many States, particularly communist States, to join the compulsory dispute settlement régime.

Another speaker suggested that in the context of the WTO negotiations, if States parties were able to include provision for compulsory jurisdiction, it was likely that it was because the States' legal advisers had convinced the politicians that there was more to gain than to lose. She observed that States had thus shown, 60 years after the adoption of the Statute, that there were some sectors of international law where States agree to submit disputes to compulsory jurisdiction. Might there be other sectors of international law where States could accept such compulsory jurisdiction in a form separate from the optional clause? She suggested also that regional groups should try to meet and persuade States to accept the optional clause.

It was noted by another speaker that in the case of many developing countries, there was a significant amount of pressure to promote trade and investment, and as a result, to accept the compulsory jurisdiction requirements of certain trade and investment treaties. They were told that they would not be able to attract foreign investment if they did not agree to compulsory jurisdiction for dispute settlement of these matters.

Another speaker asked whether the time had arrived for the Court to reorient itself in light of the proliferation of other international tribunals and courts. He suggested that the Court should perhaps take on a conciliatory role instead of an adversarial role, so that States would be less reluctant to come before the Court. It was however pointed out by another speaker that the Court was constrained by its Statute, despite some flexibility in the Rules.

4. Particular Issues Relating to Special Agreements

The panellist observed that there was very little information concerning the process of negotiating special agreements in general, and hoped that it would be helpful to other governments if he discussed his personal experience in negotiating the special agreement in the *Gabčikovo-Nagymaros Project* case.

The main function of a special agreement is to confer on the Court the jurisdiction to decide the dispute. The main focus of the negotiation of a special agreement was the formulation of the questions to be submitted to the Court for its determination. The possibility of a "framework agreement", i.e., an agreement which confers jurisdiction on the Court without defining the precise points of the dispute, leaving it up to the parties to concretize the dispute through a unilateral application or a pair of applications, was not an option for a dispute of such complexity as that concerning the project of the two barrages on the Danube.

In this case, the two parties had had a fundamentally different understanding of the nature of the legal dispute. For one party, the core issues concerned environmental law; for the other party, the dispute was a question of the law of treaties. In such situations, the problem could be resolved, as happened in this case, by formulating questions relating to specific acts of the parties without addressing the issue of the "nature" of the legal dispute.

An inventory of all disputed issues set forth by each of the two parties during their first meeting provided a good starting point. The facts concerning the respective acts by each country from 1989 to 1992, which both parties agreed were at the core of the dispute, were listed in chronological order. Grouping these factual elements under legal questions concerning the conduct of either party was not problematic in itself; however, it led to a debate about the sequence of the legal questions. The common denominator for these questions was the attribution of the conduct to one or the other party. With hindsight, both sides had been unduly concerned about the sequence of legal questions. Both written proceedings and oral proceedings provided an ample opportunity for each party to properly clarify the sequence of their acts and their interface with those of the other party. Also, the Court's judgment clearly demonstrated that the Court had had no misgivings about the chronological order of the facts.

The case had provided an opportunity to appreciate the difference in defining the scope of the same dispute unilaterally by means of an application by one of the parties, or bilaterally by a special agreement between the parties. The negotiations regarding the special agreement had been preceded by a unilateral application filed by Hungary in October 1992 concerning the projected diversion of the Danube by Czechoslovakia. While Czechoslovakia had not recognized the compulsory jurisdiction of the Court under paragraph 2 of Article 36 of the Statute, it could have accepted the jurisdiction of the Court for this dispute under Article 38, paragraph 5, of the Rules of Court by responding to Hungary's application. This, however, did not happen. Instead, Czechoslovakia

proposed negotiations on a special agreement and Hungary accepted this proposal.

In its unilateral application, Hungary had requested the Court to determine the legality of a unilateral act of Czechoslovakia, namely the diversion of the Danube towards Gabčikovo, one of the two barrages of the joint Czechoslovak-Hungarian project. Pursuant to Article 2 of the Special Agreement, Hungary and Slovakia jointly requested the Court to consider a broader range of issues, namely the legality of Hungary's unilateral withdrawal from the Gabčikovo-Nagymaros project, the legality of the already mentioned unilateral action by Czechoslovakia, the legal effects of Hungary's unilateral declaration aimed at terminating the 1977 Treaty on the construction of the project and, finally, the legal consequences, in terms of the rights and obligations of the parties, arising from the Court's determination of those legal issues.

The submission of the dispute by special agreement had eliminated the problem of possible preliminary objections by Hungary to counter-claims that Slovakia might make in an attempt to broaden the scope of the dispute. The special agreement had also facilitated the scheduling of written pleadings, since from the very beginning the parties had had a clear idea of the issues to be covered in their pleadings. An agreement on the joint submission of the dispute to the Court had also had a paramount political significance, for it emerged in the time of turmoil and instability accompanying political changes in the region; it had thus had an important psychological impact on the approach of the parties to the dispute.

The negotiations of this special agreement had taken place in a very unusual situation, in which a State succession occurred on the side of one of the parties involved. The negotiations commenced prior to the State succession, but continued and were concluded only after the dissolution of Czechoslovakia. During the Hungarian-Slovak negotiations, following the dissolution, the four questions agreed to earlier between Czechoslovak and Hungarian delegations remained unchanged, and no new question was added.

The issue of State succession, namely the problem whether Slovakia was a successor State in respect of the 1977 Treaty (concluded between Czechoslovakia and Hungary) emerged only in the course of the pleadings, when it was first raised by Hungary in its Memorial and responded to by Slovakia in its Counter-Memorial. In its Judgment, the Court had provided a direct, separate reply to this question, together with its reply to the four questions defined in the Special Agreement.

This seemed to indicate that even if the parties defined the scope of the dispute by means of their agreed questions, the Court in its judgment might also address the underlying legal issues which had not been stated explicitly in the special agreement. Furthermore, the formulation of a question by the parties had not precluded the Court from dividing such question into two or more questions. Indeed in this case the Court considered two stages of Czechoslovakia's unilateral action, providing a different conclusion to each part of the question.

Unlike other special agreements, the Special Agreement in the

Gabčikovo-Nagymaros Project case had addressed the question of provisional measures. The parties had agreed that, pending the final judgment of the Court, they would establish and implement a temporary water management régime for the Danube and, in the meantime, solve their problems relating to this matter through consultation and, if necessary, reference to experts including the Commission of European Communities, and that they would not seek provisional measures under Article 41 of the Statute. This provision is still another example of the opportunities offered by special agreements in "tailoring" the scope of the dispute.

Some special agreements contained an explicit commitment of the parties to accept the judgment of the Court as binding and to implement it in good faith, which basically restated their obligation under paragraph 1 of Article 94 of the Charter of the United Nations. The Special Agreement in the *Gabčikovo-Nagymaros Project* case had also contained such a commitment, and it further provided that the parties would agree on the modalities for the implementation of the judgment and that either party could, in the case of a failure to reach such an agreement, after six months, request the Court to render an additional judgment to determine these modalities. This commitment, creating the legal basis for the jurisdiction of the Court, which may be triggered this time by a unilateral application of either party, was in fact reminiscent of a "framework agreement".

Points raised during the discussion

It was observed that the negotiation of special agreements could be very difficult due to the combination of legal and political dimensions.

A panellist pointed out that special agreements enabled the parties to propose the number and sequence of written pleadings and indicate the time-limits for their submission, leading to greater efficiency in the dispute resolution process.

The question was raised why it was that when States choose to submit a dispute to the Court by means of a special agreement, they could not agree ahead of time on the order of the pleadings (as they do with the order of speaking at the oral proceedings), something that would be efficient both in terms of time and costs. The panellist indicated that he agreed that the special agreement would serve the parties by simply indicating the order of the pleadings, and noted that there was nothing to be gained from simultaneous pleadings. He indicated, however, that it was necessary to convince politicians to accept the jurisdiction of the Court, and that, in the case of special agreements, there was pressure to avoid appearing as the Respondent, and to submit pleadings after the first pleadings gave the impression of defending one's position against a claim.

Panel II. Procedural Issues

Tuesday 11 April 2006
10.00-13.00 hours

Chairperson/Moderator : Judge Al-Khasawneh, Vice-President of the Court

1. Questions Relating to the Written Proceedings (Particularly in Respect of Special Agreements)

The panellist discussed Malaysia's experience with the pleadings on the basis of special agreements, including in the case of *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* upon the basis of a special agreement with Indonesia and the case of *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* upon the basis of a special agreement with Singapore. The latter case was still pending and now ready for a hearing by the Court in the near future. The panellist also stated that Malaysia had, in 2003, submitted an extensive Memorandum in the advisory opinion procedure on the advisory opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

As stated in Article 43 of the Court's Statute, the written proceedings consist of the communication to the Court and to the parties of Memorials, Counter-Memorials, and, if necessary, Replies, and all supporting papers and documentation. Articles 44 to 53 of the Rules of Court elaborate on the procedures for the written proceedings. Article 49 of the Rules of Court is a key provision which provides some guidance in identifying the nature of the various written pleadings. The pleadings often run to a number of volumes, including annexes, maps, atlases and occasionally affidavits, as well as legal opinions and expert opinions. The appropriate printing of the pleadings was also a considerable undertaking.

The order of the pleadings and the fixing of time-limits

In Malaysia's special agreement with Indonesia, the parties had opted for simultaneous pleadings. This decision reflected the principle of equality of the parties, and the fact that, as a result of the special agreement, neither State was either the Applicant or Respondent. The same had applied to Malaysia's special agreement in the case with Singapore. Traditionally, the system of simultaneous pleadings had been reserved for cases instituted by special agreement. In both cases Malaysia had been able, following friendly consultations with its neighbouring countries, to limit the pleadings to three rounds of simultaneous pleadings. When filing the special agreements in 1998 and 2003, Malaysia had been unable to take into account the new Practice Directions by the Court, issued on 30 July 2004. By Practice Direction I, the Court wished to

discourage the practice of simultaneous filing of pleadings in cases brought by special agreement. Such a position had considerable merit, and consecutive pleadings could well be instrumental in rendering the pleadings more focused and responsive right from the start.

The Court was confronted with serious difficulty in dealing expeditiously with the cases on its docket. Acceleration of the Court's procedures could not be easily achieved so long as the parties' written pleadings and the documents annexed to them continued to be as lengthy as many of them were. The written pleadings and annexes all had to be translated into the other official language of the Court, a time-consuming and costly process which had to be completed if all the judges of the Court were to be able to participate equally in the consideration of the case. It was hoped that in the course of the colloquium's discussion some ideas could be generated that would assist the Court in introducing procedural innovations with a view to shortening the time taken to dispose its cases.

Incidental proceedings

An entirely unexpected experience for Malaysia had been the filing of an application by the Government of the Republic of the Philippines to intervene in the case with Indonesia on *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan* in 2001, just before the closure of the written proceedings. The Philippines had first asked the Court to furnish it with copies of the written pleadings, invoking Article 53, paragraph 1, of the Rules of Court. Having ascertained the views of the Parties, the Court had decided not to grant the Philippines' request. Subsequently, the Philippines filed a request to intervene in the case, invoking Article 62 of the Statute of the Court. In Malaysia's view, the Philippines had no right to intervene, and had no claim to make. Malaysia appreciated the co-operation of Indonesia in this regard, which also unequivocally stated that the Philippines had not demonstrated that it had an interest of a legal nature which might be affected by a decision in the case between Indonesia and Malaysia. Following a brief hearing, the Court had found in a Judgment of 23 October 2001 that the Application by the Philippines could not be granted. This episode had however caused considerable delay. However, to conclude this question relating to incidental proceedings on a positive note, the panellist indicated that Malaysia was confident that, in view of the Court's decision, the Philippines' dormant claim to a substantial part of Malaysia's land territory had been definitively rendered null and void in an effective way.

Points raised during the discussion

A first speaker endorsed the view that simultaneous proceedings resulted in unnecessary delays. However, according to another view expressed, simultaneous pleadings facilitated agreement among the parties as to the number and sequence of the pleadings and the time-limits for their submission. Parties might opt for simultaneous, rather than subsequent, written pleadings, in order to avoid the sense that one of the parties is the Applicant and the other the Respondent.

Another speaker observed that in his experience before the Court, simultaneous written pleadings helped the government authorities to collect all the necessary documentation.

It was also pointed out that simultaneous pleadings were often necessary as it was difficult to convince the other party to proceed first. He noted that, moreover, the party which submitted written pleadings first only had one chance in writing to respond (a Reply), whereas the party which proceeded second had two chances in writing to respond (a Counter-Memorial and a Rejoinder). He was of the view that simultaneous pleadings took less time and were more efficient than consecutive pleadings. For consecutive pleadings it took nine months for the Memorial, nine months for the Counter-Memorial, six months for the Reply, six months for the Rejoinder: two rounds of pleadings, resulting in 30 months total. On the other hand, for simultaneous pleadings it took nine months for the Memorial, nine months for the Counter-Memorial, six months for the Reply, resulting in a total of 24 months. The only downside to simultaneous pleadings was that the Court would have to read six pleadings instead of four. Finally, he concluded that simultaneous pleadings helped maintain equality between the parties.

In response, the panellist restated her view that simultaneous pleadings were inherently unsatisfactory, due to the fact that the Memorial by the Respondent would be prepared in ignorance of the case being made by the Applicant. The parties were not properly engaged in debate until the second round of written pleadings.

According to another speaker, as a general matter, the written phase of proceedings was characterized by a lack of discipline. Parties often failed to distinguish between facts, allegations and legal arguments. As for the order of pleadings, one fair solution could be that one party should submit pleadings first, while the other party should proceed first during the oral proceedings.

With regard to the time taken for pleadings, one speaker observed that, in his experience, the consultations held between the parties concerning the written pleadings were crucial for accelerating the entire progress of the case.

Another speaker stated that the criticism of the volume of pleadings was unjustified, and that a comparison between the Court and domestic courts was simply inapposite. Proceedings before the Court had a political dimension and affected international relations for the future, and were not simply legal disputes. He was of the view that it was therefore very important for States to present as much proof as they possibly could to present their case in the best interests of their country.

2. Questions Relating to Oral Proceedings

The panellist recalled that Sir Robert Jennings had once suggested that shortening the time-limits for the oral proceedings would "concentrate the mind of counsel remarkably".

As long ago as 1943-1944, the Informal Inter-Allied Committee of Experts had suggested that the oral proceedings could involve some waste of time, "the... parties doing little more than repeat the arguments already fully (and more adequately) set out in the written pleadings". Nonetheless, the Committee had not gone so far as to recommend the elimination of oral proceedings, since they considered them to have "considerable psychological value and act as an important focusing point for the work of the Court".

Among the reasons given for the 1972 revision of the Rules was the comment that the oral proceedings "tended to become repetitive and excessively lengthy". In 1996, on the occasion of the fiftieth anniversary of the Court, prominent Members of the Court in different fora suggested that the duration of oral proceedings should be shortened. The Informal Inter-Allied Committee had proposed confining the oral proceedings to what was required to respond to the points raised in the last pleadings by the other party, and identifying those points on which the Court would like to hear oral arguments.

The first revision of the Rules by the Court in 1972 aspired to implement those suggestions to some extent. Article 57 (which in 1978 became Article 61, paragraph 1, of the Rules) was added in 1972, providing that the Court may indicate points it would like to be addressed by the parties or those which it considered to have been sufficiently argued. In order to avoid the repetition of argument, Article 56 was added in 1972 (becoming Article 60 in 1978), providing that the oral proceedings should be succinct and be directed to the issues that still divided the parties.

The present workload of the Court made the re-evaluation of the oral proceedings all the more necessary, given that oral proceedings by their nature took up most of the time of the Court. The pleadings, no matter how extensive and complicated, primarily took up the time of the agents, counsel and the governments they represent.

The panellist observed that the Court had, apart from the strictly judicial dimension of determining the law applicable to the case, the function of resolving international disputes as part of an international political system. It was undeniable that, apart from reading of judgments, the oral proceedings were the only other moment when the public had the opportunity to witness the process of an international justice system.

The merit of waiving oral proceedings was more manifest in cases where the evidence did not have to be presented in a public sitting, and such cases perhaps comprised the great majority. The case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* would tend to prove the importance of the oral proceedings. The substantial amount of comments made by the Court on the evidence presented by Nicaragua, and in particular concerning the witnesses it brought before the Court, would seem to militate in favour of the importance of the oral proceedings and the hearing of witnesses.

The panellist made the following suggestions in regard to the oral proceedings phase:

1. The oral proceedings could become an optional phase of the case, its inclusion to be determined by the Court in consultation with the parties.
2. Oral proceedings might be held only to hear testimony that could not be introduced as an affidavit, or on which the other party or the Court would request further explanations *in persona*. Any pleadings based on the testimony could be given in writing and a final brief public ceremony could be held in which each party would have a short session to present its arguments and submissions.
3. The Court could indicate to the parties the issues it wanted to have addressed *viva voce*. Other arguments, such as those made due to political imperatives, might still be reproduced in writing. To expedite this process, the internal practice of the Court could be amended in order to contemplate the creation of a committee of three members to present points for the consideration of the Court in its determination of the issues it wanted addressed by the parties in oral proceedings.
4. If the oral procedure were to be kept more or less in its present form, some way of bringing to life the Chamber of Summary Procedure might be envisaged. One idea might be for special rules of procedure to be established for that Chamber, which would be optional for the parties.

Finally, some suggestions had been made in order to make the hearings in their present form more lively: less reading of arguments, more questions from the Bench and even from the other party, etc. This might however be intimidating for counsel, who did not want to have to prepare for spontaneous questions.

Points raised during the discussion

One speaker wished to say a word in defence of oral proceedings. Having come from an oral culture, he favoured oral proceedings as they advanced the logic of the case. He criticized the tendency in oral proceedings to repeat the entire case. Rather, he indicated that the oral proceedings were designed to allow the parties to "make their case", i.e., to show the logic of the case, showing how the law applied to the facts, rather than simply repeating all the facts; it was unfortunate that agents tended to think that "more is better".

Another speaker noted that his common law background tended to make him favour oral proceedings as well, but what he wished to know was whether the judges in fact found the oral proceedings to be helpful. He noted that he had asked some individual judges this question, and that while no judge had been unequivocally in favour of oral proceedings, no judge had asserted that it would be better to do away with them either. The Court should perhaps provide more instructions with regard to the questions to be discussed during oral proceedings.

According to another speaker, the value of oral proceedings depended on the quality of counsel. He also noted that sometimes teams of advocates were too large, resulting in repetition of arguments; smaller teams of advocates (not more than three) were to be preferred. Questions from

the Members of the Court could be highly desirable, but it was his personal view that his colleagues on the Bench would not be in favour. He recalled that when he served on the Court, other judges who wished to ask a question would first vet the question with colleagues prior to returning to the hearings, and it was often the case that the question was then not asked. He observed that the reticence of Members of the Court to pose questions was unfortunate, both for the Members of the Court, and for counsel. It would be stimulating for counsel and for the elucidation of issues if questions were asked; the putting of such questions, in his opinion, would not prejudge the case.

In response it was indicated that the judges' procedure for asking questions had not changed much since the former Member's time, as described above.

In the view of another speaker, nothing exposed the quality of an argument better than having the person in front of you making such an argument orally. The problem was the Court's passive approach to the oral proceedings; it was difficult for advocates to know what questions interested the judges. He suggested that the Court should provide some guidance to the parties by asking questions and by indicating, in advance, what issues they wish the parties to present during oral proceedings.

Another comment was that oral advocacy before the Court should be self-policing, and that extended oral argument only exacerbated the problem of lengthy procedures. It would be helpful if the judges were to give the parties some guidance concerning their oral arguments.

Concerning the question of guidance given to counsel, another speaker recalled that there was an ancient debate between those who believe that indications to counsel would accelerate and improve the procedure, and those who feared that indications by Members of the Court itself would have to be avoided. The problem was that the procedure for posing questions, or indicating issues, was extremely formal. Article 61 of the Court's Rules recognized that the Court might put a question to the parties, or that a judge might put a question to the parties. The problem was that in each case the parties would know the source of the question posed by Members of the Court. Thus, if Judge X asked a question, that might give the parties a clue as to how that judge would decide, something that would not have been intended by the judge nor by the Court. The idea that a judge should not commit himself was not so unreasonable as it might sound to those familiar with the British tradition. An alternative would be to avoid the formality associated with Members of the Court asking questions during the oral procedure. The parties might be provided with an indication, for example through the Registrar rather than in open court, that certain unidentified Members of the Court would like certain issues clarified.

In this context, a comparison of the procedures before the European Court of Justice and the European Court of Human Rights was made by another speaker. She indicated that the European Court of Human Rights had a mechanism for limiting the scope of certain oral proceedings to questions of fact, others to questions of law, for example.

Another view was that the oral procedure of the Court seemed to be

organized in an impersonal manner, so as to remove the emotional human element carried by oral testimony. The Court sat and listened and there was no real engagement between counsel and the Members of the Court. But there was another factor he wished to refer to, namely oral testimony, though it was very rare for the Court to hear such testimony. In the 1966 *South West Africa* case, the defendant had adopted a very legalistic point of view in answering the allegations of the Applicants who asserted that apartheid violated the principle of non-discrimination. South Africa called upon 14 expert witnesses to testify to the virtues of apartheid; there was no counter-testimony from the Applicants. He observed that if the Court had rejected the requests of Ethiopia and Liberia, this was perhaps due to the Court's own confusion resulting from the testimony of the Respondent's witnesses. It was unfortunate that there had been no counter-testimony from the Applicants, given the extent to which the Court showed that it was influenced by oral testimony. The question was therefore whether States, in presenting a case, might not make more use of oral evidence in order to give a human factor to the proceedings, and to move away from their impersonal, dry character.

A further speaker noted that there was a general assumption underlying the present colloquium that there should be more recourse to the Court. The question then was what could be done on a procedural level to enable the Court to manage expeditiously and effectively a larger workload. He offered 13 suggestions:

(1) to encourage alternative dispute resolution and to require the parties not only to negotiate but also to exhaust conciliation remedies;
(2) to encourage parties to shorten and simplify the pleadings (both written and oral);
(3) to have the parties themselves file the pleadings in both languages, or encourage the parties to agree that only one language would be used in the case;
(4) to shorten the periods allowed for pleadings (both written and oral);
(5) the Court should request the parties that, after exchange of the Memorial and Counter-Memorial, they list the real issues; it should then proceed to hold a preliminary assessment of the case by a panel of three judges, to decide which issues were sufficiently important to require further full pleadings;
(6) alternatively to appoint a judge as the case manager to direct the parties as regards the timing and length of their pleadings;
(7) to encourage a greater use of chambers selected by the Court in such way as to ensure that one or more chambers could sit at a time;
(8) to invite parties to refer their disputes to summary chambers;
(9) to remit complex issues of fact to assessors who would then report to the full Court;
(10) to shorten the time for the judges to write their Notes and to have shorter deliberation periods;
(11) to allow the Court to remit certain cases to other tribunals, such as ITLOS or ICSID panels, depending on the nature of the case;

(12) to refer advisory opinions to a chamber composed of three or five judges;

(13) to end the procedure of reading the whole judgment in open court: it would be enough to read a mere summary of the decision to fulfil the requirement of the Statute (the whole decision being in any case available on the website of the Court).

3. Issues of Evidence

The panellist suggested defining "evidence" as the material submitted by a party to a dispute, on its own initiative or at the Court's request, to prove a fact alleged or a legal title claimed. International law and the practice of the Court were so lenient as to impose no limit on evidence in terms of either its quantity or nature, though the Court continually called for moderation on the part of the parties in respect of the bulk of the documentary annexes to their pleadings. In any case, no typological classification of evidence could be discerned in the Court's jurisprudence: it merely suggested a ranking of evidentiary elements in terms of their probative value, which could moreover vary with the specific facts and circumstances of each case.

The Court's powers in admitting and assessing evidence

The Court, when required to rule on the facts, had necessarily to assess the evidence offered by the parties in support of their cases. Its task was not confined to deciding which evidentiary material submitted for this purpose is to be considered relevant: "that task is also to determine which evidence carries probative force in respect of the facts alleged".

In assessing the probative force of evidentiary material, the Court was guided by a number of principles, applied in the light of the specific facts and circumstances of the case. In this connection it claimed the exclusive authority to determine which items of evidence were to be taken into account and how much weight to attach to them.

There was no general exclusionary rule based on the nature of evidence. The fundamental principle in the area was the free admissibility of evidence before the Court.

Discretionary power to assess evidence

The principle of the free admissibility of evidence found its natural counterpart in the principle of the discretionary power to assess the evidence put forward by the parties. In the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda)*, the Court observed that:

> "[the Court] will identify the documents relied on and make its own clear assessment of their weight, reliability and value. In accordance with its prior practice, the Court will explain what items it should eliminate from further consideration..."

In that case the Court enunciated a few basic rules to guide it in assessing evidentiary material; the broad terms of these rules made them worth quoting in the present context.

> "The Court will treat with caution evidentiary materials specially prepared for this case and also materials emanating from a single source. It will prefer contemporaneous evidence from persons with direct knowledge. It will give particular attention to reliable evidence acknowledging facts or conduct unfavourable to the State represented by the person making them (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 41, para. 64). The Court will also give weight to evidence that has not, even before this litigation, been challenged by impartial persons for the correctness of what it contains. The Court moreover notes that evidence obtained by examination of persons directly involved, and who were subsequently cross-examined by judges skilled in examination and experienced in assessing large amounts of factual information, some of it of a technical nature, merits special attention."

Just as the Court was not bound by any particular evidentiary system, it was also the final arbiter in assessing the evidence adduced. That did not however mean that the Court acts arbitrarily. It had developed rules and a methodology in the area, which it was required to adapt according to the matter before it and the difficulties of adducing evidence in some cases.

Cartographic material

Cartographic material was certainly one of the most frequently relied on types of evidence in boundary and territorial disputes. A map's importance depended on its legal status, its provenance, the map-maker and the circumstances under which it was prepared. The legal status of cartographic material was a function of the identity and intention of the map-maker. A map might express the will of the parties concerned. While the tendency in the case law of the Court, which in this respect followed the arbitral jurisprudence and the settled scholarly view, was to restrict the legal force of maps to "that of corroborative evidence endorsing a conclusion at which a court has arrived by other means unconnected with the maps", there was no reason why a map could not *per se* constitute a legal title in some cases, whereas in others it could only serve as evidence of title. In this regard, maps drawn up by third parties, whether States or international organizations, might be given much greater weight. While not necessarily having direct probative force, they were a factor in making the boundary line common knowledge.

Cartographic material in boundary and territorial disputes between former colonies consisted for the most part of maps drawn up by the former colonial powers in the exercise of their sovereignty over the territories in question. In the words of the Court in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case, "maps merely constitute information which varies in accuracy from case to case", even though in some

cases they "may acquire... legal force", but only if they "fall into the category of physical expressions of the will of the State or States concerned". This position had more recently been recalled by the Arbitral Tribunal in the *Eritrea-Yemen* case *(Phase I: Territorial Sovereignty and Scope of Dispute)*, and by the Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, operating within the framework of the Permanent Court of Arbitration.

The quality and accuracy of maps were generally sources of contention between the parties and of difficulties for the Court in weighing the evidence. The Chamber of the Court had explained the probative force of maps in the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* case in terms which made that case a leading one on this point. The Chamber in the *Benin/Niger* case had quoted and followed this jurisprudence.

Serious difficulties arose in the context of maps annexed to treaties of which they formed a part and of which they appeared to be the pictorial representation. First, it was possible that the information (co-ordinates, geographic descriptions, etc.) in the treaty did not match the information on the maps. Which document should then prevail? The suggested answer was the treaty, a written instrument which was presumably more accessible to all, and a better reflection of the intent of the treaty signatories than was a map, a technical document whose accuracy could only be judged by cartographic specialists. Secondly, technical progress might have rendered the annexed map insufficient in quality and accuracy. The issue is whether the Court could, *proprio motu*, clarify the map, or whether its task had to be limited to ascertaining whether the map did in fact show a boundary course. One might be inclined to respond in the affirmative to the first alternative by applying, *mutatis mutandis*, to maps the principle of interpretation formulated by the Permanent Court in respect of textual provisions:

> "It is... natural that any article designed to fix a frontier should, if possible, be so interpreted that the result of the application of its provisions in their entirety should be the establishment of a precise, complete and definitive frontier." (*Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion, P.C.I.J., Series B, No. 12*, p. 20.)

It would however be misguided to apply that principle in this context. First, because in cartographic matters the point is accuracy, not interpretation; thus, it was not a question of seeking to ascertain the meaning which the map-makers wished to impart to a particular co-ordinate or symbol, as the technical norms in effect in the field at any given time were well known and had to be respected until they were modified by the scientific community. Further and consequently, the Court could not clarify the information on a map, modify the purpose of the map, or bring it up to current technical standards unless expressly requested to do so by the parties (where the case has been referred by special agreement) or by at least one of them (where the reference has been by application). In any event, the Court did its best to avoid involving itself in the assessment of technical or cartographic information.

Visits in situ

The Court, like other international courts, had the power to order visits *in situ* and inspections of objects in dispute. It could do so either *proprio motu* or at the parties' request, as made clear in Article 66 of the 1978 Rules of Court.

The Court resorted very rarely to this type of evidence. In fact, in its first half-century of existence, and up to the present, the Court had made only one visit *in situ*; that had been in the *Gabčíkovo-Nagymaros Project* case, made at the joint request of the two parties, Slovakia and Hungary, as set out in a Protocol of Agreement dated 14 November 1995. Thus, for the time being the Court had not been more active in this regard than the PCIJ, which had made one visit *in situ*, at the request of the Belgian Government, in the *Diversion of Water from the Meuse* case. In light of several cases which had recently come before the Court, it was unfortunate that the Court was not making greater use of the power granted it in the Rules of Court to exercise *in situ* its functions with regard to the obtaining of evidence. It would surely have avoided being misled or deciding certain controversial points on the basis of impressions created by an inaccurate presentation of facts of the case.

In its Order of 15 March 1996 indicating provisional measures in the case concerning *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria*, the Court had admitted the difficulty it had had in ascertaining the facts at the conclusion of the parties' argument. The only way for the Court to form an accurate opinion, or one approximating to the truth as closely as possible, would have been to make a visit *in situ*, to observe the two armies' positions along the front, and possibly to question military and civilian authorities in the area.

Colonial documents, evidence of "colonial title" or "legal title"?

Territorial boundaries in the colonial world, and more particularly in France's colonial empire, corresponded to no more than delimitations of various administrative units or colonies under the same colonial authority. Those inter-colony boundaries only became international borders between States upon independence: that moment constituted the critical date for border and territorial disputes among former colonial territories.

While those rules of colonial law were, as the Court itself had affirmed, in international law simple factual considerations among others they could not be regarded in themselves or by themselves as constituting legal title. As a form of evidence, their probative value in international law depended upon their validity with respect to colonial law, also known as "droit d'outre-mer". But what exactly did they prove? The "colonial heritage" at the critical date had been the Court's answer; but what was this "colonial heritage"? It was made up of the texts which had established what became the inter-colony boundary at the critical date, in this instance upon independence. In other words, logically enough, once the validity of the colonial texts establishing inter-colony limits under colonial law had been shown, those texts were no longer mere evidence, but had

become in themselves the legal title by which one or the other State could claim an inter-colony boundary or an area of territory.

Witness statements: affidavits and sommations interpellatives

In the *Frontier Dispute (Benin/Niger)* case, heard by a Chamber of the Court, statements gathered by way of *sommations interpellatives* (replies to official enquiries) were utilized, but their value was open to doubt.

What was the nature of such statements? Were they affidavits, or mere declarations from persons presented as witnesses? In international law an affidavit had been defined as a "sworn statement in writing by the interested party or by a witness before the competent internal authority concerning certain facts or the authenticity of certain documents supporting a request" (*Dictionnaire de droit public international* (ed. J. Salmon), Brussels, Bruylant, 2001, p. 47 *[Translation by the Registry]*).

More generally, affidavits constituted, at best, evidence of a secondary nature, which could only be used to confirm facts already sufficiently well established by other means; separately and independently they were, in principle, incapable of proving facts. The Court had always shown certain reservations about this type of evidence, be it oral statements or affidavits. It had regarded statements attributed by a witness to a third party, of which it had received no personal and direct confirmation, "only as allegations falling short of conclusive evidence" (*Corfu Channel (United Kingdom* v. *Albania), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 17). It had expanded upon this position in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*.

In the *Benin/Niger* case the majority of the *sommations interpellatives* furnished by the party concerned had been based on hearsay. Of the 18 persons who had signed affidavits, only a minority had stated facts that they had personally witnessed; and most of the persons called upon to testify limited themselves to statements regarding the facts they had been asked to prove. Such statements were of no help in establishing genuine proof.

Other matters of evidence

A consultant could only make a statement on the basis of the documents he/she had been called upon to appraise. The Court should therefore treat this form of evidence with considerable caution, while the parties should avoid burdening it with such material, since it already had enough difficulty coping with the annexes to pleadings, the number of volumes of which were increasing steadily from one case to the next.

One party could make it impossible for the other to gain access to evidence in its possession, or could reject a request for evidence made by the Court, despite the well-entrenched duty of co-operation in establishing the evidence in international procedural law.

Finally, it was noted that grounds existed for considering a reversal of the *actori incumbit probatio* rule in certain cases, thereby laying the burden of proof on a party which was in control of evidence to which the other party could not gain access.

Points raised during the discussion

One speaker suggested that there was a serious problem regarding the establishment of facts before the Court. Of the various methods of fact-finding and gathering evidence, some of a more exploratory nature had been taken in the *Corfu Channel* case, but such creative methods since appeared to have vanished. There was no reason why the parties themselves could not suggest to the Court methods by which fact-finding could be done accurately.

In this context, another speaker pointed out that there were differences in the law of evidence applicable by the different international tribunals. The Court might have to address evidence that had already been examined before other tribunals; for example, in the cases concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* the Court would apparently have to examine evidence that had already been before the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). Furthermore, the evidence examined by the Court in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda)* might also be brought at some point before the International Criminal Court. She was troubled by the possibility that different tribunals would arrive at different conclusions, based on the same evidence or alleged set of facts, arrived at by different courts or take different views as to the admissibility of the same material. For example, the video of the "Scorpions", declared inadmissible by the ICTY, had nevertheless been admitted before the Court as evidence in the case concerning the *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina* v. *Serbia and Montenegro)*. There was also a difference between the way in which the ICJ and the ICTY had relied on special reports. At the ICTY, reports had to be supported by witnesses who in turn are subject to cross-examination, yet it appeared to her that the Court had relied on written statements and reports without requiring a cross-examination, for example in the case concerning *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo* v. *Uganda)* (the MONUC reports).

In this respect, another speaker argued that it was both correct and inevitable that there should be different standards of proof for responsibility, as between the ICJ and the ICTY. There was no presumption of innocence for States as there was for criminal proceedings against individuals; States were supposed to "keep their houses in order". As an example, the Truth and Reconciliation Commission of Guatemala had a standard of proof that was different from that of other tribunals.

In response to this, it was observed that, while clearly there was a difference between human rights law and criminal law, the point was that where two tribunals examined a State's crimes under the Genocide Convention, there was a certain required burden of proof to prove those crimes.

It was observed that the structure of the Court was directed to determining the legality of alleged facts, rather than to establishing facts. In

delimitation cases, did the Court not make more frequent visits to the location of the place related to the dispute?

Another speaker contested a previous statement of a panellist to the effect that the site visit in the *Gabčikovo-Nagymaros Project* case could be used as an example of the Court collecting evidence. When requesting that a site visit be made by the Court in the case between Hungary and Slovakia, the parties had carefully avoided the term "evidence", due to the fact that one of the parties alleged that the harm sustained could only be potential or future harm. The purpose of the site visit had been simply to help the Court to understand better the complexity of the structure, and the geographic implications of the project.

4. Questions of Implementation and Compliance

The panellist presented the central issues related to compliance and implementation of the Court's judgments as follows:

— What is the status of the judgment within the State's domestic legal system?
— What does the judgment require?
— What means are available to comply?

Concerns related to the relationship between state and federal authorities had been central to the question of compliance by the United States in the *LaGrand* and *Avena* cases, as well with the Court's provisional measures orders in those cases and in *Vienna Convention on Consular Relations [Breard]*. The United States had addressed those issues on the understanding that it had an international legal obligation to comply with the operative paragraphs of the Court's judgments; however, it considered that it had no international legal obligation to accept the underlying reasoning or treaty interpretation of the Court for other purposes.

In *LaGrand* and *Avena*, the operative paragraphs of the Court's decisions had provided that, in criminal cases involving violations of the consular notification requirements of the Vienna Consular Convention, the United States should review and reconsider the foreign national's conviction and sentence by means of its own choosing, even in situations in which the judicial process was already completed. In *Avena*, the Court also qualified the meaning of "by means of its own choosing" in a way that suggested that, at least in most cases, the review should be through a judicial process.

The judgment in *Avena* had been significantly different from a judgment determining an international boundary, or requiring the release of a diplomat from unlawful custody or withdrawal of an arrest warrant. Regardless of any issue of federalism for the United States, a key aspect of the decision in *Avena* was that the United States considered it to be an intrusion into the conduct of the domestic criminal justice system of a State by attempting to regulate the procedural rules of its criminal courts.

The United States did not consider judgments of the Court to be "self-executing" — that is, they could not be directly enforced in United States courts at the behest of individuals. Rather, the United States considered that a judgment created an international obligation for the United States and required federal authorities — principally the President — to decide whether and how the United States would comply. Some advocates had taken a different view, however, and in one of the states of the United States both the Governor and the state courts had assumed that the Court's judgment had direct legal effect. As a result, without waiting for any intervening federal executive decision, they had reviewed the case of one of the 51 Mexicans, and his death sentence had been commuted to life imprisonment.

With respect to the question of what the judgment required, there was room for debate on the extent of judicial review requirements in all or some cases, but in the end a decision had been made to seek an avenue for judicial review for all cases covered by the judgment if possible. This interpretation clearly minimized the risk of a further dispute with Mexico, but it also maximized the difficulty of compliance. In all the specific cases at issue in *LaGrand* and *Avena*, the foreign nationals concerned had been convicted of murder and sentenced to death by state courts of the United States. According to the United States position, the claimed treaty violations had been raised too late to be reviewed by the courts as set forth in the rules of United States criminal procedures.

The United States had had to determine what legal authority would be available — executive or legislative — to require the courts to reopen the cases for review, and for the appropriate judicial forum to be chosen. Under the United States Constitution the states had to comply with treaties entered into by the United States, but there was no settled basis for requiring a state to comply with a judgment of the Court.

The problems presented by the federal structure of the United States were exacerbated by the fact that the Court had not left it fully to the United States to determine the means of compliance. When the Court in *Avena* signalled a desire for judicial review and reconsideration in state criminal cases that were otherwise closed, it was not at all clear how the United States could comply. Ultimately, however, a legal basis had been found for the President to direct United States state courts to provide review and reconsideration for a number of reasons. They included (1) the ICJ Judgment was binding between the United States and Mexico with respect to the particular dispute it had resolved; (2) the United States had assumed an obligation to comply under Article 94 of the United Nations Charter; (3) the United States Congress had given the President specific authority vis-à-vis the United Nations; and (4) the United States Constitution gave the President broad powers with respect to the conduct of foreign relations. As a result, in February 2005 the President decided that the United States would comply with *Avena* by having state courts provide review and reconsideration of the 51 cases covered by the *Avena* Judgment.

The question of interpretation of the Vienna Convention had come before the United States Supreme Court; it had arisen in *Avena* because

in the United States federal system the state courts had to implement federal treaties. If the Executive had accepted the Court's interpretation of the Vienna Convention on Consular Relations, it was possible that the treaty itself would have provided a basis for requiring state courts to comply with the *Avena* judgment.

In conclusion, the panellist observed that a second related action was the decision of the United States to withdraw from the Optional Protocol to the Vienna Convention — the jurisdictional basis for the two cases. The United States had considered that withdrawal was necessary to prevent further judgments such as *Avena*, and to protect the United States state criminal justice systems from further disruption.

Points raised during the discussion

One speaker expressed admiration for the dexterity with which the panellist had replaced an obligation of result with an obligation of conduct.

Another speaker observed that the federalism and internal law issues that had been discussed, although interesting, were indefensible on the level of international law. It was one thing to criticize a judgment of the Court, another to ignore it completely. Why had the United States rejected only the Protocol to the Vienna Convention, and not the United Nations Charter as well, since under the Charter it was obliged to abide by the Court's rulings?

According to another speaker, the panellist had left the audience with an impoverished view of the United States Constitution and the United States international treaty obligations. The framers of the United States Constitution had made it clear that treaties were on a par with the supreme law of the land in the United States, and directly binding on state judges. There were those who believed that the reason why the United States had intervened in the *Medellín* case (*Medellín* v. *Dretke*, United States Supreme Court Docket No. 04-5928, reproduced in 44 *ILM* 951 (2005)) was because it foresaw that the United States Supreme Court would have held that *Avena* was binding on the state courts.

A further speaker asked whether other countries with federal systems (for example, Germany and Switzerland) had encountered the same difficulties implementing decisions of the Court as the United States had, as explained in the presentation.

The panellist explained that her statement that there was an absence of a treaty basis to implement the decisions of the Court did not mean that treaties were not the supreme law of the land. The problem for the United States had been how United States state courts could implement a treaty obligation, when the scope of that obligation had been determined by an international court. Treaties were the law of the land, and states were constitutionally bound to apply federal treaties as federal law; if the Vienna Convention on Consular Relations had itself required a criminal justice remedy, that would have been a clear treaty basis to override contrary domestic state law. According to the panellist, since

the United States did not accept that interpretation of the treaty, there could be no basis to require the state courts to act. The United Nations Charter was of course clearly relevant. She further commented that the federalism system in the United States was more analogous to the European Union than to the constitutional system of Germany, for example.

Panel III. Issues of Access to the Court

Tuesday 11 April 2006
15.00-18.00 hours

Chairperson/Moderator: Judge Bruno Simma

1. International Organizations, in Particular the United Nations, in Advisory Procedures before the Court

The panellist stated that advisory opinions have a significant and well-recognized role in the development of the constitutional and administrative law of international organizations, particularly the United Nations. In addition, a discussion of the role of advisory opinions would necessarily implicate the important issue of access to the Court.

Under Article 96, paragraph 1, of the Charter, the General Assembly and the Security Council have express power to request advisory opinions from the Court on "any legal question"; but in addition other United Nations organs and specialized agencies could, under paragraph 2, be authorized to request opinions. Thus the Charter had made the reach of the present Court's advisory function wider than that of the PCIJ, by expanding the number of bodies entitled to request advisory opinions.

It was questionable whether this more important role for the Court, as an integral part of the United Nations system, had been fulfilled to the extent that might have been envisaged. There had only been 25 requests for an advisory opinion to date, and it could be said that the exercise of the right had been marked by restraint, though the Court had responded efficiently.

Two particular issues of access to the advisory procedure appeared to be insufficiently explored or unresolved. The first was whether the existing arrangements enabled the full potential of the advisory function, and lent themselves to providing a means for international organizations to resolve legal questions arising from their activities, either in general, abstract terms or in relation to a particular case. The other was the procedural incapacity of international organizations to seise the Court in contentious cases, resulting in a disadvantage to the international organizations and a potential additional burden on the advisory function.

Even though it might be argued that the so-called "binding advisory opinions" went some way to mitigate this disadvantage, the fact remained that clauses of this kind were not a substitute for full access to the Court's contentious procedures. International organizations were limited in their access under the existing arrangements not only because of the procedural requirements of acting through a third organ, but also because in so doing they effectively had no autonomy over the framing of the substan-

tive question. An example of this was in the *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, in which a request from the Economic and Social Council of the United Nations had been adopted on 5 August 1998 (ECOSOC Decision 1998/297). In that case the question formulated by the Economic and Social Council of the United Nations had been very different from the question that had been formulated by the Secretary-General.

If existing arrangements for the advisory procedures of the Court were deemed inadequate, then the question of whether the Secretary-General should have the authority to request advisory opinions in his own right became more relevant. The clearest statement of the case for authorization was made by Secretary-General Javier Pérez de Cuéllar in his annual report of 1990, when he indicated that:

> "the extension of this authority to the Secretary-General would greatly add to the means of peaceful solutions of international crisis situations. The suggestion was prompted by the complementary relationship between the Security Council and the Secretary-General and by the consideration that almost all situations bearing upon international peace and security require the strenuous exercise of the good offices of the Secretary-General."

There was nothing to suggest that the expansion of access to the advisory procedures of the Court would lead to abuse on behalf of the Secretary-General. However, noting that the proposal was far from having gained acceptance, the panellist submitted for discussion:

> "Is the granting of an authorization to the Secretary-General under Article 96, paragraph 2, of the Charter a good idea, and if so, what would be the best way of achieving this authorization in today's United Nations environment?"

In addition, the following sub-questions were raised for discussion:

(1) On the basis of the arguments advanced by Secretary-General Javier Pérez de Cuéllar, would such an authorization really be necessary?
(2) Could the same objective be achieved by the use of existing contentious and advisory procedures, such as a *compromis* by the parties, or a request for an advisory opinion through an authorized organ such as the General Assembly or the Security Council?
(3) What particular advantages would there be for a Secretary-General to implement such authorization as compared to the other United Nations organs?
(4) Should an authorization be general or should it be limited and *ad hoc*?
(5) What would be the scope of questions falling within the competence of the Secretary-General?
(6) How would it be ensured that in the exercise of such authority the Secretary-General would respect the views of States or the competence of other organs?

(7) Does it matter that the Secretary-General is an individual rather than a deliberative organ?

Points raised during the discussion

One speaker recalled that there had been lengthy debates on the issue, and some were of the view that the Secretary-General was not an organ of the United Nations, but only the Secretariat could have this characteristic. Nevertheless, he wished to recall two uncontroversial facts: first, the Court welcomed requests for advisory opinions, and secondly, since the time of Dag Hammarskjöld, the functions, responsibilities and activities of the United Nations Secretary-General in the political field had increased (in terms of "good offices", "preventive diplomacy", "quiet diplomacy", etc.). That the involvement of the Secretary-General in disputes was increasing, and all the Secretaries-General had been active in this respect. Furthermore, sometimes the Security Council, sometimes the General Assembly, sometimes States, asked the Secretary-General to become involved in certain matters (which occurred sometimes also at his own initiative). In addition, all resolutions, without exception, of the General Assembly, and most of those of the Security Council, asked the Secretary-General to carry out some activities. He was of the view that the responsibilities provided for in Article 98 of the United Nations Charter were somewhat more important than those provided for in Article 99. The Secretary-General had tools to ascertain facts, such as special representatives, envoys, peace-keeping missions, etc. On any question of law, the Secretary-General could go before the Security Council or the General Assembly.

Another speaker indicated his disagreement with the proposal, observing that the capacity of the Secretary-General to seek advisory opinions would be unduly influenced by political pressure.

The question of participation of the United Nations Legal Counsel in the advisory procedure before the Court was raised by another speaker who asked how the decision to participate was made. It seemed to him that the participation of the United Nations Legal Counsel, in certain cases, but not in others, reflected the interest of the Secretary-General himself.

In response, the panellist indicated that that was essentially a policy question. The United Nations Legal Counsel had had to participate in the Court's advisory proceedings in instances where the very function of the Secretariat was in question.

According to another speaker, there were serious concerns regarding the procedure of advisory opinions, given that there were "multilateral simultaneous pleadings" from several States. The written statements all arrived at the same time, and there was no opportunity for States to reply to each other. Another issue was that requests for advisory opinions were often very abstract, and it was difficult for a judicial body to reply to such questions; conversely, they could often be very concrete when they involved a dispute between States, and then the procedural difficulties could be very acute.

It was the view of another speaker that the advisory function of the

Court was, unfortunately, under-utilized. He was in favour of giving the Secretary-General the power to seek advisory opinions, taking into account the fact that the Secretary-General and the Court were the only two bodies of the United Nations system which did not consist of State representatives. The law of international organizations had essentially been formed on the basis of advisory opinions of the Court. The powers of the Secretary-General, pursuant to Articles 98 and 99 of the United Nations Charter, were already very comprehensive. If the Security Council were to ask the Secretary-General to act in violation of the United Nations Charter, the Secretary-General could in turn seek an advisory opinion from the Court, which would operate as a constitutional control over the decisions of the Security Council. The powerful nations were wary of this, and for this reason they did not wish to give the Secretary-General the power to seek advisory opinions.

As a comparison, the speaker observed that, unlike the United Nations system, the Inter-American system allowed States to seek an advisory opinion from the Inter-American Court of Human Rights directly, without having to first go through the General Assembly of the Organization of American States: such direct access to advisory opinions was a useful mechanism.

Another speaker said that he failed to see how the Secretary-General's mission to promote the peaceful settlement of disputes would be facilitated by having him seek advisory opinions on matters of primary concern to others: he had his own functions in addition, and his own in-house legal advisers. The Secretary-General, for his own security and survival, had to be an instrument equally available to all parties.

The panellist replied that he had not sought to impose his own view on the matter, but thought it significant that during Secretary-General Javier Pérez de Cuéllar's time, the proposal that the Secretary-General have the capacity to seek advisory opinions had been in favour. Not all Secretaries-General of the United Nations would necessarily wish to seek advisory opinions from the Court, in view of the enormous pressures that might be brought to bear. He was nevertheless in favour of providing the Secretary-General with this faculty. The Secretary-General had never abused the right conferred upon him by Article 99 of the Charter, to bring to the attention of the Security Council any matter which in his opinion might threaten the maintenance of international peace and security, and it was difficult to imagine a broader authority than that. The Secretary-General has always been reluctant to enter into areas that were essentially political.

In his view, there was a broader problem highlighted by the debate, namely that States felt threatened by the Court and by international law generally. Discussions in the 1980s and 1990s had brought out the fact that States were concerned that too much power might be given to the Secretary-General, and held that the Secretary-General could not be considered a deliberative organ. Another argument was that under the Statute, it is the Secretariat and not the Secretary-General that constituted the United Nations organ for purposes of Article 96, paragraph 2, an argument which the panellist found to be without merit. States tended

to fear questions being put to the Court, in the same way as they tended to fight shy of seeking advice from the United Nations Legal Adviser. He raised the question of why there was such reluctance to seek advisory opinions, and why the international legal community was not organized in such a way as to enable the advisory function to be used more frequently and effectively.

2. Composition of a Legal Team to Appear before the Court

The panellist recalled that, under Article 42, paragraph 2, of the Court's Statute, the parties "may have the assistance of counsel or advocates before the Court". However, there was no provision in the Statute governing the qualifications of such counsel and advocates, or the ethical precepts applicable to them. The parties were entirely free in their choice of legal teams, subject only to the limitation imposed by the Court's Practice Directions of 4 April 2002, whereby former judges and Registrars could not be appointed to represent a party for three years after leaving office.

The freedom of action of parties to a dispute appeared however to be significantly affected by two factors: the way in which proceedings are instituted, and the nature of the dispute before the Court.

Means of instituting proceedings

In the event of proceedings being instituted before the Court by a unilateral application, the party which took the initiative benefited from indisputably greater latitude in the choice of its team. It was true that the other party was rarely caught entirely off-guard, especially if the application were based upon a compromissory clause within a multilateral or (particularly) a bilateral treaty.

The institution of proceedings by special agreement had a far greater influence on the appointment and composition of the teams. A special agreement, which most frequently followed long and difficult negotiations, generally involved persons who could be regarded, once the agreement had been made, as eminently qualified to belong to the team to appear before the Court. It was, moreover, necessary to maintain a balance between nationals of the State concerned and non-nationals, while avoiding overly large teams, which would prove difficult to control.

Special agreements generally concerned long-standing disputes, which had been the subject of lengthy and unproductive negotiations between the parties. Experience shows that parties readily called upon the skills of foreign legal experts during the negotiation phase, and maintained these contacts to avoid their recruitment by the opposing party. In such case, those persons, with their perfect knowledge of the disputed issues, were of course automatically included in the team to appear before the Court.

Nature of the dispute before the Court

Cross-examination was sometimes necessary in the handling of disputes where factual issues were at stake and required careful examination. In

such cases, it was indispensable to include in the team counsel and advocates who had mastered this technique; they were more readily available among common law jurists.

Parties to a dispute could not allow themselves to misjudge the requisite balance between legal systems, or ignore the need for a certain language balance within their teams. Lastly, it was noted that in the event of cases touching upon security or national defence issues, parties to a dispute had to ensure that the persons appointed, who might have access to highly sensitive documents, would be able to maintain their confidentiality.

3. Cost of Proceedings before the Court

The panellist noted that in the space of some five years the Democratic Republic of the Congo had filed four Applications and three requests for provisional measures before the Court. It was also the Respondent in the case concerning *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo)*.

Submitting a dispute to the Court and seeing it through to its conclusion involved significant costs for States parties, which could have major repercussions on their domestic affairs, especially for the less-developed States. Less-developed and developing countries encountered numerous obstacles in terms of travel, communications, accommodation, obtaining visas, etc., which were moreover subject to time limitations. Massive production costs also resulted from the provisions of Article 43, paragraphs 3 and 4, of the Statute and Articles 50 and 52 of the Rules of Court, whereby 125 copies of the pleadings and any annexes had to be produced and filed, of which at least 75 hard copies and 50 on CD-ROM.

Difficulties in gaining access to the International Court of Justice might also be linked to lack of knowledge, or insufficient knowledge, of its procedures and of its jurisprudence. In the wake of the Democratic Republic of the Congo's recent frequent appearances before the Court, there was an increased interest in the principal judicial organ of the United Nations in a number of sections of Congolese society.

The recruitment of foreign specialists, law professors and experts for the case against Rwanda (New Application) had been made difficult by a number of factors. These included the refusal of a number of foreign specialists to commit themselves in this case for various reasons, *inter alia*, its "risky" and "rash" nature, the fear of being seen to act against Rwanda, which had benefited from substantial goodwill and sympathy worldwide as a result of the 1994 genocide, as well as the limited and insufficient resources which could be provided.

Among the measures which had already been taken by the Court to facilitate its procedures and lower costs were however:

— the opening of the Court's website to facilitate the access of States to documents;
— the existence of the Secretary-General's special Trust Fund (although

there were specified procedures which States had to follow in order to apply for aid from this source);
— the modernization of the Registry, with a view to limiting translation and document production expenses;
— the possibility of granting free access to the collection of the Library of the Peace Palace (which was of course different from the Library of the Court) for States parties to disputes; but duplication and printing costs had still to be borne by the States themselves;
— a number of procedural measures taken by the Court to speed up contentious proceedings.

It was suggested that an increase in the Court's budget was necessary to enable it to fulfil its mission effectively. The conditions for granting visas for counsel and advocates should be eased, and the urgency of requests taken into consideration, with visas granted on time and for a reasonable duration (also covering the period of necessary research work in The Hague).

An office in a less-developed country (party to a dispute) should be established to assess the cost of proceedings; the organization of seminars on a national and regional basis to raise awareness of the Court's activities and working methods, from the standpoint of access to the Court, was also proposed.

In conclusion, the panellist suggested that the possibility of establishing an international Bar for practice before the Court should be considered.

Points raised during the discussion

One speaker drew attention to the linguistic issues involved in forming a legal team: lawyers who were not fluent in English and French were shut out of the system.

Another speaker noted that, while it was undeniable that for poor countries the costs of Court litigation were very high, the matter could be so vital to a State's interests that the State was nonetheless willing to bring a case. In his own experience, representing a State in a Chamber proceeding, the Chamber had relied on a map, though the country he represented had wanted the Chamber to send a commission to take evidence from the people on the ground. Although the State in question had been willing to pay for such a visit, this request had not been granted.

Another speaker thought it by no means evident that the costs of litigation at the Court were so high, as compared to international arbitration. However, he agreed that the costs of litigation before the Court ought not to be a deterrent for developing countries: the Secretary-General's Trust Fund was designed for that purpose. He observed that the Bar of international lawyers was too small, and that rules of conduct and behaviour, particularly with respect to international criminal courts, were beginning to develop. He suggested that the international Bar should develop a list of advocates who would represent developing countries for a lower fee.

Another speaker noted that while the costs of litigating before the Court might be expensive, they were a lot less expensive than, for example,

a jet fighter. He suggested that the parties should not have to translate their own documents, but could be charged for the translation. As for the differences in cost between arbitration and the Court, he found that arbitration was more expensive, but also much more expeditious than proceedings before the Court.

It was also pointed out that, with regard to the Secretary-General's Trust Fund, the Secretary-General had recently made efforts to increase the resources of this Fund, and some States had made generous contributions; nevertheless it unfortunately remained modest given the level of the litigating costs. States were generally unaware of the existence of this Fund; however, efforts had recently been made to publicize its existence on a much broader scale than before.

A further speaker observed that one cost of litigation that had not been discussed was the costs of implementing the Court's decisions; for example, in matters of boundary disputes: the demarcation of a boundary could result in significant costs.

4. Deciding to Request a Chamber

The panellist recalled that the Statute of the Permanent Court of International Justice had not contemplated *ad hoc* chambers. The Statute of the International Court of Justice had however established three categories of chambers, namely:

— the Chamber of Summary Procedure,
— the Special Chamber (designed to deal with specific categories of cases), and
— the *ad hoc* Chamber "for dealing with a particular case".

The first two categories of chambers still remained clinically dead; however, the *ad hoc* chambers were a different matter. In this regard, it was recalled that the 1946 Rules of Court had been so discreet that two revisions had been found necessary to facilitate recourse to such a limited Bench. The debate surrounding the revisions emerged as one between a conception of an arbitral tribunal under the appearance of an *ad hoc* chamber, on the one hand, and that of a manifestation of the full Court, on the other hand.

On the fiftieth anniversary of the Court, four cases had been decided by the *ad hoc* chambers, dealing with a variety of diverse matters, such as maritime delimitation, determination of land boundaries and requisition of assets. It had been at that time that Honduras became involved in a case before a chamber of the Court.

Formation of chambers

In the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Honduras and El Salvador had filed, in December 1986, a Special Agreement submitting a land, island and maritime frontier dispute to a Chamber. In November 1989 Nicaragua filed a request to intervene in the case, in which the

Court had already established a Chamber in accordance with the Special Agreement and the wishes of the parties. In 1990, the full Court had found that it was for the Chamber seised of the case to decide whether the application for intervention under Article 62 of the Statute should be granted.

Honduras was notified of an Application filed by El Salvador on 10 September 2002 for revision of the 1992 Judgment, which had posed some issues of concern. The Statute of the Court was silent as to requests for revision or interpretation of the judgment of a Chamber, though it should be noted that the French text of Article 61 read: "La revision ... peut être éventuellement demandée à la Cour." It was Article 100, paragraph 1, of the Rules of Court that indicated that: "If the Judgment [to be revised] was given by a Chamber, the request for its revision ... shall be dealt with by that Chamber." Given the passage of time, it had not been possible, in the case referred to, to reconstitute "that Chamber". Accordingly, the parties had duly consulted the President of the Court, and had expressed their wishes for the formation of a "new" chamber of five members.

An *ad hoc* Chamber had been formed in the case concerning the *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, pursuant to a Special Agreement of June 2001, concerning the "definitive delimitation of the whole boundary between them". In November 2002, the Court had decided to form a special chamber of five judges, including the President of the Court, to deal with the case. *Ad hoc* chambers were constituted by the full Court at the request of the parties, the number and names of the judges to sit in the chamber being determined by the Court in full consultation with the parties. This was a sensible and practical system because it combined the flexibility and dynamics of the arbitration with the soul and legal procedure of the International Court of Justice.

Procedure

Article 92 of the Rules of Court provided a potential recourse to simplified procedure when an *ad hoc* chamber dealt with a case; but on comparing this Article with the developments experienced in the three cases mentioned earlier, some surprises would be discovered.

In the case concerning the *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, the Special Agreement between Honduras and El Salvador had requested that the written proceedings be filed simultaneously. Nicaragua in its application for intervention had requested the full Court to reorder the written proceedings, but the plenary Court left the Chamber to decide on this issue. In the *Application for Revision of the 1992 Judgment* by El Salvador, the Court had fixed 1 April 2003 as the time-limit for the filing of written observations by Honduras. The written proceedings had closed in May, and hearings had taken place in September of the same year; the Chamber had delivered its Judgment in December 2003.

In the case concerning the *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, the parties' Special Agreement had requested the Court to authorize the simultaneous

submission of pleadings. The Chamber granted time-limits as requested, oral proceedings took place less than three months later, and in July 2005 the Chamber rendered its Judgment.

The simplified procedure offered by the Rules to the parties since 1978 had never been used. Rather, the parties had continued to apply the rules and practice of procedure applicable before the full Court; yet the result of the decision not to use the simplified procedure had paradoxically resulted in accelerating the proceedings.

Article 90 of the Rules of Court

On the basis of Article 90 of the Rules of Court, an article rendering applicable to *ad hoc* chambers Section D of Part III of the Rules, on incidental proceedings in contentious cases, the chamber had jurisdiction to deal with all incidental proceedings. However, the situation of incidental proceedings could prove to be very complex.

In 1986, an incidental proceeding — requests for provisional measures — occurred in a case before an *ad hoc* Chamber: the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)*. One of the Applicants had filed its request before the full Court and the other had addressed its request to the Chamber. In the end, parallel requests for the indication of provisional measures were filed with the *ad hoc* Chamber.

In 1989 Nicaragua had seised the full Court of a request to intervene, another form of incidental proceedings. Honduras had considered that "Nicaragua's Application to intervene must be heard by the Chamber and not by the full Court"; but finally the full Court had decided that the *ad hoc* Chamber was competent to decide on the application of Nicaragua.

While a third party might institute an incidental proceeding before the full Court, since a chamber was usually constituted through a special agreement between the parties, no third party could possibly become involved in any preliminary objection or counter-claim. It was unlikely that a party before a chamber would need or wish to apply to the full Court in connection with any incidental proceeding.

With respect to the four major incidental proceedings (provisional measures, preliminary objections, counter-claims and intervention), the full Court and the *ad hoc* chambers had remedied the potential weaknesses of the 1978 Rules of Court (as noted by the dissenting judges in the 1990 proceedings).

Judgments of the ad hoc *chambers*

According to Article 27 of the Court's Statute, "A judgment rendered by any of the chambers provided in Articles 26 and 29 shall be considered as rendered by the Court."

The panellist indicated that if he were asked today whether he would advise his government to submit a case to adjudication by an *ad hoc* chamber, his answer would be yes. The formation of an *ad hoc* chamber could nonetheless be very difficult; for example, in the *Honduras El Salvador* case the Special Agreement contemplated a chamber "composed

of three Members (of the Court) with the consent of the Parties... this agreement being essential for the formation of the Chamber". In other words, the parties would only constitute a chamber if they reached agreement on a proposed composition, to be submitted to the President of the Court.

Another question was whether a chamber could be created without judges *ad hoc*. This was a challenging question, bearing in mind that the Statute provides the parties with a right to nominate a judge *ad hoc* in the full Court. It would, therefore, be unwise to predict that States would change their attitude and renounce this right in a chamber.

The panellist concluded that States were reluctant to expose themselves to procedural uncertainties, in addition to the inherent risk of any judicial proceedings. He suggested that certain conditions would have to be met for greater recourse to *ad hoc* chambers to result, though some of these had already been fulfilled:

1. The number of judges to constitute an *ad hoc* chamber, and their names, should be determined by the full Court in consultation with the parties.
2. Any Applicant before the full Court should be encouraged by the President to discuss with the Respondent the possibility to constitute a chamber to hear the case (see Articles 17 and 31 of the Rules of Court).
3. The period between the written phase and the oral phase should continue to be short.
4. Incidental proceedings in a case before a chamber should continue to be dealt with by the chamber.
5. A third State's right to intervene should be reaffirmed if the chamber were to recognize a legal interest that could be affected by the judgment, and if the other requirements of the Statute and Rules were fulfilled.
6. A judgment rendered by an *ad hoc* chamber should have the same value and authority as a judgment rendered by the full Court.

Points raised during the discussion

One speaker noted that in a chamber the *ad hoc* judges might have more weight than in full Court; at what point would the chamber proceedings then become closer to international arbitration proceedings? According to the Statute, there could be no question of an arbitration, since the decision of the chamber was to be considered as a decision of the full Court. She recalled, however, the situation in one case in which a Chamber was composed of two Members of the Court, two *ad hoc* judges, and a Member of the Court whose term of office elapsed three days after joining the Chamber; the result was that the majority of the Chamber was made up of non-Members of the Court, whereas the decision of the Chamber had to be considered as a decision of the Court. She suggested that more attention should therefore be paid to the composition of chambers, and to the question of whether the composition of chambers resulted in an arbitration rather than a Court proceeding.

In response, the panellist agreed that, in the chamber system, the *ad hoc* judges were sometimes more influential. However he emphasized that in the *El Salvador/Honduras* case, for the judgment on the merits, the President and the Vice-President of the Court had been sitting in the Chamber, and in the revision case, the President had also sat in the Chamber.

Another speaker stated that he was not an ardent advocate of the chamber system, which could be a nightmare both for agents and counsel, a fact that had been suggested by the panellist in his earlier comments. The chamber proceedings would be effective if either the full Court were to decide on the chamber's composition, or the chamber proceedings were carried on as true arbitration proceedings, allowing the parties to select judges freely, and choose the applicable rules of procedure. He also observed that it was much easier for a party to persuade 3 judges than 15, resulting in what he considered to be an inferior aspect of the chamber proceedings. The chamber procedures could present undeniable advantages, on condition that the resources of the Registry could be suitably extended, allowing for several chamber proceedings to be carried out at the same time. He noted that the chamber procedure was at present an unsatisfactory, intermediate solution between arbitration and litigation before the Court.

REPORT BY H.E. JUDGE BRUNO SIMMA

ON THE COLLOQUIUM HELD ON THE OCCASION OF THE SIXTIETH ANNIVERSARY OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Your Majesty,

Your Excellencies,

Ladies and Gentlemen,

People, and institutions, when they turn sixty, tend to look back at their past, and take stock of their successes and failures in life so far. So does our Court, and I think the Court has every reason to be proud of its achievements in a political environment which has not always been marked by great enthusiasm towards settlement of international disputes on the basis of international law. In fact, the Court at present, even though it is being joined in the international arena by an increasing number of other tribunals, is busier than it has ever been, and finds itself tackling issues of ever greater variety, and often of awesome political weight for the States involved in litigation before it.

But, of course, what is even more desirable and healthy for any 60-year-old is not to rest content with retrospective pride but to turn to the future and engage in an effort to render oneself still more active, the purpose of one's existence still more worthwhile. It is precisely in this spirit that we decided to organize what we called "A Dialogue at the Court" on the occasion of its sixtieth anniversary, in the form of a colloquium that has been held over the last two days. The basic idea was for us to engage in an exchange of views with our present and potential clients, the States, in a discussion about how to render our Court more attractive and capable of providing even better service in the years to come. For this purpose, we invited the legal advisers of those States which had appeared before the Court within the last ten years, either in contentious cases or in advisory proceedings, to join the current Members of the Court, former judges, current and former judges *ad hoc*, as well as academics and practitioners who have served as counsel and advocates during that period. This select group was to take part in a dialogue which was designed to be, and indeed turned out to be, as pragmatic and frank as possible. We were able to achieve this by applying the so-called "Chatham House Rule", under which reference could, and can, be made to everything that was said, without, however, ascribing any idea or opinion to a particular person. The discussion was divided into three panels, dealing with the following themes: issues of jurisdiction, procedural questions and problems of access to the Court.

The first issue, that of jurisdiction, is one of vital importance for our

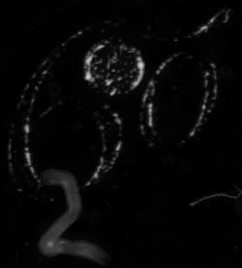
institution, because the Court can only decide a dispute brought before it if both parties have given their consent. Such consent can be expressed in a variety of ways and these ways, these methods, their pros and cons as well as their interplay, were explored in great depth and subtlety. I think it is fair to say that in this regard the discussion showed a remarkable readiness to look at old questions with a good measure of constructive spirit, and a willingness to set aside old inhibitions.

The colloquium then turned to issues of procedure before the Court and sometimes extremely practical questions of how to best organize it and adapt it to the specific features of each case. Obviously, in this context problems of the management of time are of the greatest importance; another matter with which the Court and the parties are grappling at present is the handling of large amounts of evidence, in particular the examination of witnesses, as well as the relevance for the Court of the decisions of other international tribunals dealing with related subject-matters.

Finally, under the heading of access to the Court, the colloquium debated matters ranging from the prospects of broadening such access by international organizations, particularly the United Nations and its Secretary-General, to such issues as how to organize and indeed to finance a party's legal team.

I am convinced that all participants will agree that the colloquium was very useful indeed. It brought to the fore a great number of ideas and items that will be of immediate assistance to States which are considering, or are engaged in, recourse to the Court, but also of immediate assistance to the Court itself in its constant effort to fulfil its mission as the principal judicial organ of the United Nations in as effective a way as possible. The results of the colloquium will be published shortly in a format respecting the "Chatham House Rule". We are grateful to all participants in this dialogue for their interest and dedication, to the sponsors who made the colloquium possible in the first place, and to the members of our Registry for their splendid efforts in support of the event.

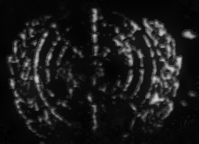
Thank you so much for your attention.



UN DIALOGUE À LA TOUR

Actes du colloque CIJ/UNITAR organisé à l'occasion
du cinquantenaire de la Cour internationale de Justice,
au Palais de la Paix, les 10 et 11 avril 2006

Édités et publiés par le Greffier de la Cour



UNITAR

INSTITUT DES NATIONS UNIES
POUR LA FORMATION ET LA RECHERCHE

ISBN 92-1-071027-4

N° de vente: 918

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

UN DIALOGUE À LA COUR

Actes du colloque CIJ UNITAR organisé à l'occasion
du soixantième anniversaire de la Cour internationale de Justice,
au Palais de la Paix, les 10 et 11 avril 2006

Edité et publié par le Greffe de la Cour

INSTITUT DES NATIONS UNIES
POUR LA FORMATION ET LA RECHERCHE

IMPRIME AU ROYAUME-UNi

Table des matières

	Page
Introduction	1
Ouverture du colloque	2
Table ronde I. Questions de compétence	4
1. Les avantages des diverses bases de compétence de la Cour	4
Observations faites au cours de la discussion	5
2. Le système de la clause facultative	6
Pourquoi certains Etats acceptent-ils la clause facultative?	6
Pourquoi certains Etats choisissent-ils de ne pas accepter la clause?	7
Quelles réserves peut-on considérer comme raisonnables?	7
Mesures pratiques visant à encourager l'acceptation de la clause facultative	7
3. Réserves à la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour	8
Observations faites au cours de la discussion	11
4. Questions particulières relatives aux compromis	15
Observations faites au cours de la discussion	18
Table ronde II. Questions de procédure	19
1. Questions relatives à la procédure écrite (en particulier en ce qui concerne les compromis)	19
Ordre de présentation des pièces et fixation des délais	19
Procédures incidentes	20
Observations faites au cours de la discussion	21
2. Questions relatives à la procédure orale	22
Observations faites au cours de la discussion	23
3. Questions relatives à la preuve	26
Pouvoirs de la Cour en matière d'admission et d'appréciation des moyens de preuve	27
Pouvoir d'appréciation des éléments de preuve	27
Le matériau cartographique	28
Visite sur les lieux	29
Les textes coloniaux, éléments de preuve du « titre colonial » ou titre juridique?	30
Témoignages : affidavits et sommations interpellatives	30
Autres questions relatives à la preuve	31
Observations faites au cours de la discussion	31

4. Questions relatives à l'exécution et à la mise en œuvre des décisions de la Cour . . . 33

Observations faites au cours de la discussion . . . 35

Table ronde III. Questions de l'accès à la Cour . . . 37

1. Les organisations internationales, et plus particulièrement l'Organisation des Nations Unies, dans la procédure consultative devant la Cour . . . 37

Observations faites au cours de la discussion . . . 39

2. Constitution de l'équipe de juristes appelée à plaider devant la Cour . . . 41

Le mode de saisine de la Cour . . . 41
La nature du différend soumis à la Cour . . . 42

3. Les frais afférents à une procédure devant la Cour . . . 42

Observations faites au cours de la discussion . . . 43

4. Décision de demander la soumission d'une affaire à une chambre . . . 44

Constitution des chambres . . . 45
Procédure . . . 46
Article 90 du Règlement de la Cour . . . 46
Arrêts rendus par les chambres *ad hoc* . . . 47

Observations faites au cours de la discussion . . . 48

Rapport de S. Exc. M. le juge Bruno Simma . . . 50

INTRODUCTION

La Cour internationale de Justice a tenu, les 10 et 11 avril 2006, un colloque au Palais de la Paix à La Haye afin de marquer le soixantième anniversaire de son installation.

Ce colloque, organisé en coopération avec l'UNITAR (Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche), a pris la forme d'un dialogue entre, d'une part, la Cour et, d'autre part, les agents et les conseillers juridiques internationaux des Etats ayant esté devant elle ces dix dernières années, que ce soit dans le cadre d'une procédure contentieuse ou dans celui d'une procédure consultative. Quelques conseils ayant une expérience de la Cour avaient également été conviés, de même que d'anciens membres de la Cour et des juges *ad hoc*.

Le colloque s'est tenu en français et en anglais, dans le respect de la règle de « Chatham House », qui est ainsi conçue :

> « Lorsqu'une réunion se tient en tout ou en partie conformément à la règle de Chatham House, les participants sont libres d'utiliser les informations reçues, mais ni l'identité ni l'affiliation de l'orateur ou de tout autre participant ne peuvent être indiquées. »

Visant essentiellement à tirer parti de l'expérience pratique des participants, ce colloque était axé autour de trois tables rondes consécutives consacrées aux thèmes suivants : compétence de la Cour, procédure devant la Cour et accès à la Cour. Chacune de ces tables rondes était présidée par des membres de la Cour : la première par M^me^ Rosalyn Higgins, président de la Cour ; la deuxième par M. Awn Shawkat Al-Khasawneh, vice-président ; et la troisième par M. Bruno Simma, juge. Des orateurs ont été désignés par la Cour pour faire de brèves communications, dans le cadre de chaque thème, sur quatre sujets spécifiques. Une discussion générale a ensuite eu lieu.

Le 12 avril 2006, M. Bruno Simma, juge, a exposé les conclusions du colloque au cours de la séance solennelle que la Cour a tenue à l'occasion de son soixantième anniversaire, au Palais de la Paix, en présence de S. M. la reine des Pays-Bas, du Secrétaire général des Nations Unies, S. Exc. M. Kofi Annan, du président de l'Assemblée générale des Nations Unies, S. Exc. M. Jan Eliasson, du ministre néerlandais des affaires étrangères, S. Exc. M. Bernard Bot, et d'un très grand nombre d'autres invités de marque. Parmi ces derniers figuraient des membres du corps diplomatique, des représentants du Parlement et du Gouvernement néerlandais, ainsi que d'autres institutions des Pays-Bas, et de hauts représentants d'organisations internationales ayant leur siège à La Haye, telles que la Cour permanente d'arbitrage (CPA), le Tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis d'Amérique, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) et la Cour pénale internationale (CPI).

OUVERTURE DU COLLOQUE

Au nom de tous les membres de la Cour, M^me^ Rosalyn Higgins, président de la Cour, a chaleureusement souhaité la bienvenue aux invités et aux orateurs du colloque organisé conjointement par la Cour internationale de Justice et l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR). Le président a remercié l'UNITAR de son aide extrêmement précieuse dans l'organisation du colloque, notamment M. Marcel Boisard, directeur exécutif de l'UNITAR, et M. Roy Lee, associé spécial principal de l'UNITAR. Le président a également exprimé sa gratitude à la Fondation des Nations Unies, à la Leitner Family Foundation et à la John D. and Catherine T. MacArthur Foundation.

Le président a indiqué que le juge Simma, assisté par un groupe de travail composé des juges Buergenthal et Owada ainsi que de l'ancien juge Elaraby et d'elle-même, avait œuvré avec l'énergie qui le caractérise pour constituer une série de tables rondes passionnantes, consacrées à des questions qui sont au cœur de la capacité de la Cour de répondre aussi efficacement que possible à ses usagers. En cela, ils ont bénéficié du concours enthousiaste et efficace du greffier, M. Philippe Couvreur, et du chef du département de l'information, M^me^ Laurence Blairon.

Rappelant que le colloque était intitulé « Un dialogue à la Cour », le président Higgins a fait observer que son objectif était, pour la Cour, d'engager un débat organisé avec ses usagers, les Etats, tels que représentés par les conseillers juridiques de ceux d'entre eux qui ont eu l'occasion d'ester devant elle au cours des dix dernières années. Les thèmes retenus — à savoir la compétence, la procédure et l'accès à la Cour — constituent les principaux domaines dans lesquels la Cour doit faire face à de nouveaux défis liés à un rôle plutôt chargé et à la complexité des questions qui lui sont soumises. Parmi les personnes assistant au colloque figuraient les membres actuels de la Cour, d'anciens juges, d'anciens juges *ad hoc*, des conseillers juridiques actuellement en fonction et d'anciens conseillers juridiques de ministères des affaires étrangères d'Etats ayant été devant la Cour depuis 1996, ainsi que des universitaires et des praticiens ayant exercé les fonctions de conseils ou d'avocats au cours des dix dernières années. S'agissant des orateurs, ils avaient tous, à des titres divers, directement participé à des affaires contentieuses ou consultatives soumises à la Cour durant la même période. Les tables rondes avaient été organisées de manière à refléter cette palette d'expériences ainsi que la grande diversité des pays qui saisissent la Cour. Le président Higgins a appelé l'attention de l'assistance sur la diversité géographique des participants et remercié ceux d'entre eux qui étaient venus de loin pour assister au colloque.

Le président a rappelé à l'assistance que l'objet de ce colloque n'était pas de procéder à un nouvel examen judiciaire des questions juridiques

que de nombreux participants avaient déjà exposées à la Cour, mais plutôt de leur permettre de faire part de leurs expériences individuelles dans la préparation d'une affaire et la participation à celle-ci, ainsi que dans la mise en œuvre des arrêts de la Cour. Le président Higgins a précisé que, afin de favoriser un débat ouvert, il avait été décidé d'appliquer la règle dite de « Chatham House », selon laquelle les points de vue exprimés peuvent être librement évoqués, mais ni l'identité ni l'affiliation de l'orateur ne peuvent être indiquées.

TABLE RONDE I. QUESTIONS DE COMPÉTENCE

Lundi 10 avril 2006
14 heures-17 heures

Président/modérateur : M^me^ le juge Higgins, président de la Cour

1. Les avantages des diverses bases de compétence de la Cour

L'orateur a, pour commencer, appelé l'attention sur trois réalités évidentes : premièrement, que la souveraineté de l'Etat constituerait toujours un obstacle à tout système de juridiction obligatoire générale ; deuxièmement, qu'aucun conflit interétatique n'a de caractère exclusivement juridique ou politique ; et, troisièmement, que le champ d'action de la justice internationale est influencé par l'évolution rapide du droit international.

Les bases de compétence de la Cour, qui reposent toutes sur le consentement des Etats, relèvent soit de la juridiction facultative, soit de la juridiction obligatoire, cette dernière catégorie constituant l'exception.

La juridiction facultative se caractérise par le consentement de deux ou plusieurs Etats à saisir la Cour d'un différend particulier qui les oppose ; ce consentement s'exprime le plus souvent par le biais d'un compromis, lequel définit l'objet du litige et les questions posées à la Cour. La volonté de soumettre un différend à la Cour peut également résulter du comportement d'un Etat qui, attrait devant elle, n'oppose pas d'objection à sa compétence (principe du *forum prorogatum*).

Les bases de compétence reposant sur la juridiction facultative présentent plusieurs avantages : elles respectent l'égalité souveraine des parties et permettent d'éviter de longues discussions quant à l'existence du différend ; en outre, la compétence de la Cour ne dépend pas du fait de savoir si le différend a un caractère juridique ou politique. Dans ce type d'affaires, l'examen par la Cour de sa compétence consiste simplement à vérifier et à respecter la liberté d'engagement de chacune des parties.

La compétence obligatoire de la Cour découle du consentement donné par un Etat à ce que des différends futurs, plus ou moins définis à l'avance, puissent être portés devant elle. Ce consentement peut être exprimé par une clause compromissoire, un traité consacré au règlement des différends, ou encore par l'acceptation de la clause facultative inscrite au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut.

Ces bases de compétence présentent l'avantage d'exprimer la confiance des Etats dans le règlement judiciaire de leurs différends, ainsi que la reconnaissance de la primauté des intérêts de la communauté internationale sur la souveraineté individuelle. Ce consentement peut néanmoins être assorti de réserves. Le rôle de la Cour consiste à établir que

les parties sont effectivement liées par l'instrument conventionnel invoqué, et que sa compétence n'a pas été écartée par une réserve formulée par l'une d'entre elles.

Ces deux catégories de bases de compétence forment un fragile équilibre entre l'égalité souveraine des Etats et le rôle de la justice internationale dans le cadre d'un droit international en constante évolution. Elles ne sont pas exclusives mais peuvent être invoquées simultanément et contestées successivement par l'Etat défendeur. La contestation de la compétence de la Cour constitue, pour un Etat, un moyen approprié de défendre sa souveraineté et d'assurer une application correcte du droit international. Cet équilibre signifie toutefois que les plus ardents partisans de la souveraineté étatique peuvent trouver avantage à reconnaître la compétence de la Cour en vue d'obtenir le règlement pacifique de leurs différends.

Observations faites au cours de la discussion

Selon l'un des participants, la catégorisation des différends prévue au paragraphe 2 de l'article 36 s'est révélée être une source de confusion importante; aussi pourrait-il être préférable d'en faire tout simplement l'économie. D'ailleurs, la Cour permanente de Justice internationale a, dans l'affaire *Mavrommatis*, déjà donné une définition claire de ce qu'est un différend et cette définition devrait suffire, sans qu'il soit nécessaire d'énoncer des catégories de différends.

Ne partageant pas le point de vue du premier participant, un autre intervenant a indiqué que les quatre catégories de différends énoncées au paragraphe 2 de l'article 36 ne soulevaient pas de difficultés majeures pour le règlement des litiges devant la Cour. Selon lui, si le Statut de la Cour devait être amendé, il devrait l'être sur des questions plus importantes, notamment pour répondre à la proposition selon laquelle les Etats devraient faire une déclaration non pas pour accepter la juridiction obligatoire de la Cour (système d'« opting in »), mais pour la refuser (système d'« opting out »). S'agissant de la question des négociations amiables, il a fait observer que, dans certains cas, la pression d'un recours éventuel à la Cour était susceptible de faciliter ces négociations ainsi que le règlement des différends par la voie diplomatique.

Un autre participant a demandé si le *forum prorogatum* pouvait véritablement être considéré comme une base distincte de compétence. Il a ensuite posé la question de savoir si le *forum prorogatum* avait, compte tenu de la pratique de la Cour, un quelconque avenir en tant que base de compétence.

L'orateur a répondu que la question du *forum prorogatum* était davantage théorique que pratique, estimant de manière générale qu'il n'y avait pas de hiérarchie entre les différentes bases de compétence.

Un autre participant qui, après avoir été membre de la Cour pendant onze ans, ne s'était toujours pas forgé d'opinion quant aux avantages du *forum prorogatum*, a demandé si l'un ou l'autre participant avait pu se faire une idée à cet égard.

Sur cette question, un autre participant a indiqué que le consentement

était habituellement donné de manière expresse, et que les Etats avaient tendance à faire preuve d'une extrême prudence sur ce point. Il a indiqué qu'il était très rare que les Etats acceptent la compétence de manière implicite, en répondant aux arguments d'un demandeur sans élever d'objections.

A cet égard, un autre participant a fait observer que, dans une affaire récente, la France avait eu l'occasion d'accepter la compétence de la Cour sur le fondement du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement de la Cour. Constatant que, en tant que base de compétence, le *forum prorogatum* était plutôt négligé, il a suggéré que les Etats l'invoquent plus souvent devant la Cour.

Le *forum prorogatum* est apparu comme incontestablement utile, les thèses juridiques des parties étant dans ce cas présentées en des termes très clairs.

2. Le système de la clause facultative

L'orateur a appelé l'attention sur le fait que le Royaume-Uni était, pour l'heure, le seul membre du Conseil de sécurité des Nations Unies à avoir accepté la compétence de la Cour sous le régime de la clause facultative. Trois points ont été soulevés et discutés :

1) Pourquoi certains Etats acceptent-ils la clause facultative alors que d'autres, bien qu'ils soient souvent dans une situation semblable, ne le font pas ?
2) Quelles réserves ou conditions peuvent raisonnablement être insérées dans une déclaration, afin de permettre à un Etat d'accepter plus facilement la clause facultative ?
3) Quelles mesures pratiques pourraient être prises pour encourager l'acceptation de la clause facultative ?

Même si l'on peut difficilement dire qu'il a connu un immense succès, le système de la clause facultative a été plus fructueux que d'autres tentatives visant à garantir l'acceptation d'une juridiction obligatoire générale. Désormais, l'on ne parle plus du « déclin » de la clause. Néanmoins, à peine plus d'un Membre sur trois de l'Organisation des Nations Unies est l'auteur d'une déclaration en vigueur. Certaines déclarations contiennent des réserves particulièrement importantes. La répartition, par groupes régionaux, des pays ayant accepté la clause facultative est intéressante : l'Afrique compte le plus grand nombre de déclarations en vigueur, à savoir vingt ; l'Asie en compte le plus faible nombre, à savoir six seulement.

Pourquoi certains Etats acceptent-ils la clause facultative ?

Adhérer au système de la clause facultative revêt une importance symbolique, dans la mesure où cela revient, d'une part, à apporter son soutien à l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies en vue du règlement pacifique des différends et, d'autre part, à favoriser la prééminence du droit dans les relations internationales.

Plus concrètement, l'acceptation de la clause augmente la probabilité de voir un différend réglé par une tierce partie, ce qui peut inciter les Etats à régler leurs différends par voie de négociation et les encourager à respecter le droit afin d'éviter de se voir attraits devant la Cour.

Pourquoi certains Etats choisissent-ils de ne pas accepter la clause ?

Certains Etats peuvent considérer que les inconvénients de la clause facultative l'emportent sur ses avantages, estimant que les situations dans lesquelles ils souhaiteraient introduire une instance sont rares, et craignant, au contraire, d'être attraits en tant que défendeur. Les coûts entraînés par une éventuelle procédure contentieuse et l'inertie bureaucratique peuvent également jouer contre l'acceptation de la clause facultative.

Quelles réserves peut-on considérer comme raisonnables ?

La question de savoir ce que l'on peut considérer comme une réserve raisonnable a connu des réponses variées en fonction des circonstances dans lesquelles se sont trouvés les Etats. De manière générale, une réserve excluant les différends anciens ou historiques peut être considérée comme raisonnable. Dans le cas du Royaume-Uni, une exception pour les différends portant sur des événements remontant à plus de trente ans pourrait être considérée comme raisonnable. Dans le cas d'Etats sortant tout juste de périodes troublées, un délai beaucoup plus court, excluant les différends récents, serait compréhensible.

Deuxièmement, une réserve prévoyant un délai de six, neuf ou douze mois avant l'entrée en vigueur de la déclaration d'un demandeur pourrait être considérée comme raisonnable afin d'éviter les requêtes « surprises ». De telles clauses sont devenues fréquentes après l'affaire relative au *Droit de passage sur territoire indien (Portugal c. Inde)*. Un troisième type de réserve qui, bien que plus controversé, pourrait être considéré comme raisonnable, est celui permettant à son auteur de mettre fin à l'acceptation de la clause facultative ou d'en amender les termes, généralement avec notification dans un délai raisonnable, mais parfois sans. Quatrièmement, pourrait également être considérée comme raisonnable une réserve prévoyant une exception pour les différends que les parties sont convenues de régler par d'autres moyens. Une telle réserve permet de conserver la priorité aux arrangements spécifiques, lesquels sont de nos jours devenus plus courants du fait de la multiplication des cours et tribunaux internationaux.

Mesures pratiques visant à encourager l'acceptation de la clause facultative

Récemment, dans l'affaire relative aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, un membre de la Cour a attiré l'attention sur les appels lancés par le Secrétaire général et l'Assemblée générale en faveur de l'acceptation de la clause facultative. Or, au fil des ans, de telles demandes sont demeurées lettre morte.

Une deuxième mesure d'ordre pratique visant à l'acceptation de la clause facultative consiste à soulever la question au sein de groupes

régionaux, ou de la Sixième Commission. Au sein de l'Union européenne, le COJUR (groupe de travail sur le droit international public) s'est, ces dernières années, penché sur la question de la clause facultative (et, plus généralement, sur celle de l'acceptation de la juridiction de la Cour). Pas moins de dix-sept des vingt-cinq membres (soit plus des deux tiers) de l'Union européenne sont les auteurs de déclarations en vigueur. Plus les Etats de l'Union européenne seront nombreux à accepter la compétence de la Cour, plus l'Union européenne sera fondée à exhorter les autres Etats à régler leurs différends par des voies pacifiques, y compris, lorsque cela est approprié, par la saisine de la Cour. Un processus similaire est en cours au sein du Conseil de l'Europe, processus qui concerne naturellement un plus grand nombre d'Etats. Il a été suggéré que d'autres organisations régionales, telles que le Comité consultatif juridique afro-asiatique, l'Union africaine ou l'Organisation des Etats américains, s'intéressent également à la question.

La rédaction d'une déclaration type pourrait constituer une troisième mesure pratique pour convaincre les Etats d'accepter la clause facultative ou de modifier leurs déclarations. Pour l'heure, de telles déclarations ont plutôt été rédigées sur une base *ad hoc* : il est fréquent qu'un Etat fasse une déclaration et que les autres s'en inspirent, intégralement ou partiellement, et ce bien que, parfois, la façon dont elle est rédigée reflète un problème spécifique rencontré par un Etat et non par les autres. Les déclarations sont quelquefois obscures, peut-être parce qu'elles ont été rédigées dans la précipitation. Si les Etats avaient une plus grande confiance dans la portée de leurs déclarations, ils seraient peut-être plus enclins à accepter la clause facultative.

En guise de conclusion, il a été indiqué que la clause facultative constituait un moyen particulièrement souple et sophistiqué d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour, et le souhait a été exprimé que des discussions sur le système de la clause facultative, tenues à l'occasion de réunions telles que le présent colloque, conduisent à une meilleure compréhension et à un renforcement de ce système.

3. Réserves à la clause facultative du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour

Après avoir rappelé que la Cour internationale de Justice exerçait sa juridiction obligatoire conformément à l'article 36 du Statut, l'orateur, commentant le paragraphe 1 de l'article 36 du Statut, selon lequel, outre toutes les affaires que lui soumettent les Etats parties, la Cour a compétence « dans tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur », a observé que cette disposition ne conférait pas à la Cour de source supplémentaire de juridiction obligatoire et que, même si des « traités ... en vigueur » prévoyaient la compétence de la Cour, cette dernière examinait systématiquement cette question, les clauses attributives de compétence exigeant souvent un travail d'interprétation. Dès la disparition de la Société des Nations, l'acte général relatif au règlement pacifique des différends

internationaux, signé à Genève le 26 septembre 1928 et invoqué comme fondement de compétence dans l'affaire de *l'Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, a soulevé de sérieuses questions quant à savoir s'il pouvait être considéré comme un « traité ... en vigueur ». La Cour n'a, jusqu'à présent, pas saisi l'occasion de se prononcer sur cette question.

Même si soixante-six Etats ont déposé des déclarations acceptant la juridiction obligatoire de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36, presque toutes ces déclarations contiennent des réserves. Les Etats disposent, à cet égard, d'une grande liberté pour limiter la portée de leurs déclarations. Ainsi peuvent-ils exclure différentes sortes de litiges ou exiger la condition de réciprocité de la part de certains Etats, ou encore circonscrire la déclaration à un délai déterminé. Plusieurs déclarations ont été revisées et déposées à nouveau.

Les réserves peuvent notamment exclure :

1) les différends entre certains Etats ;
2) les différends nés avant la date de l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour ;
3) les différends au sujet desquels d'autres arrangements en vue d'un règlement pacifique ont été conclus ou sont prévus ;
4) les différends relativement auxquels la juridiction obligatoire n'a été acceptée par l'autre partie et la déclaration d'acceptation remise ou ratifiée que moins de douze mois avant le dépôt de la requête soumettant le différend à la Cour ;
5) les différends nés de conflits armés ou lors de tels conflits ;
6) les différends relevant essentiellement de la compétence nationale de l'Etat partie ;
7) les différends opposant la partie à des Etats avec lesquels elle n'avait pas de relations diplomatiques ; et
8) les différends concernant le droit de la mer, la modification ou la délimitation de frontières, y compris maritimes ;
9) les différends avec des entités non souveraines.

Il pourrait être utile de prendre l'exemple de la déclaration faite par l'Inde pour analyser le rôle et l'importance des réserves à la clause facultative. L'Inde britannique déposa tout d'abord, en 1940, une déclaration acceptant la juridiction obligatoire de la Cour permanente avec quelques réserves. Après son indépendance, l'Inde revisa sa déclaration en 1956 et exclut :

> « i) les différends au sujet desquels les parties en cause auraient convenu ou conviendraient d'avoir recours à un autre mode de règlement pacifique ;
> ii) les différends avec le gouvernement d'un autre pays qui, à la date de la présente déclaration, est membre du Commonwealth de nations, différends qui seront réglés selon une méthode convenue entre les parties ou dont elles conviendront ;
> iii) les différends relatifs à des questions qui, de l'avis du Gouvernement indien, relèvent essentiellement de la compétence nationale de l'Inde ; et

iv) les différends consécutifs ou relatifs à des hostilités, à une guerre, à un état de guerre, à une occupation de guerre ou à une occupation militaire dans lesquels le Gouvernement indien est ou a été engagé ».

L'Inde revisa de nouveau sa déclaration en 1959, en réaction à la manière dont le Portugal avait réussi à établir la compétence de la Cour dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*.

La déclaration actuelle de l'Inde date de 1974. Les affaires relatives aux conflits armés ont également été exclues. Il est vrai que les réserves formulées par l'Inde à l'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice couvrent de nombreux différends, lesquels ne sauraient par conséquent être soumis à la Cour sans son consentement. Selon un commentateur, les réserves dont l'Inde a assorti sa déclaration en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 sont si nombreuses qu'elles semblent exclure la possibilité pour la Cour de connaître de tout différend auquel ce pays serait partie à titre de demandeur ou de défendeur et qui serait porté devant elle sur la base de la clause facultative.

Toutefois, selon l'orateur, des affaires mettant en cause l'Inde pourraient encore être soumises à la Cour avec le consentement de ce pays, possibilité qu'il ne faudrait pas complètement écarter. Les temps changent et la pertinence du contexte à l'origine de telle ou telle réserve à la clause facultative s'estompe progressivement. Pour mémoire, l'Inde a figuré au moins à quatre reprises au rôle de la Cour.

Les réserves ne doivent pas être vues comme l'expression d'une quelconque volonté de déroger à un consentement plus large à la juridiction obligatoire déjà donné ; elles visent plutôt à définir les paramètres de ce consentement, par l'Etat, à la juridiction obligatoire de la Cour. Le respect que les Etats ont pour la Cour, en tant que principal organe judiciaire international chargé d'appliquer le droit international universel et de le faire évoluer, ne devrait pas seulement se mesurer par le nombre de saisines de la Cour, mais aussi par l'énumération des innombrables manières dont les Etats invoquent quotidiennement les principes développés par la Cour, dans leurs relations et comme fondement des accords qu'ils concluent. A titre d'exemple, il a été noté que l'Inde avait défini ses frontières maritimes avec les Maldives, Sri Lanka, l'Indonésie, la Thaïlande et le Myanmar en recourant précisément à la jurisprudence de la Cour en matière de délimitation des frontières maritimes.

L'orateur a conclu en faisant observer que les réserves constituaient un outil essentiel pour promouvoir le concept de juridiction obligatoire de la Cour et permettre aux Etats d'adhérer au principe de règlement pacifique des différends, tout en leur laissant le droit de décider si le recours à cette juridiction était la meilleure méthode dont ils disposaient. Il a été avancé que, dans certaines affaires, le règlement judiciaire pourrait ne pas être le moyen approprié pour régler un différend entre Etats, comme le laisse bien entendre la Charte des Nations Unies (art. 33), qui énumère d'autres méthodes de règlement pacifique des différends, parmi lesquelles la négociation.

Observations faites au cours de la discussion

Un participant a estimé que, pour convaincre les Etats d'accepter la juridiction obligatoire de la Cour, il serait préférable d'employer l'expression « clause facultative » plutôt que celle de « juridiction obligatoire », cette dernière intimidant les gouvernements. Il a fait observer qu'il était important de fournir aux gouvernements des explications plus approfondies sur le droit de faire une déclaration, le droit de faire des réserves et la réciprocité. Une fois ces éléments de la clause facultative mieux expliqués, davantage d'Etats devraient accepter cette clause.

L'un des participants a relevé que soixante-sept Etats avaient déposé des déclarations conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut et que les traités contenaient un certain nombre de clauses prévoyant la compétence de la Cour. Il a rappelé que, en 1957, l'Egypte avait accepté la juridiction obligatoire de la Cour pour toutes les questions relatives au canal de Suez (conformément à la convention de Constantinople de 1888). Aucun Etat n'a saisi la Cour sur ce fondement d'un différend avec l'Egypte. Il a proposé que les Etats éprouvant des réticences à l'égard de la juridiction obligatoire de la Cour se penchent sur l'expérience de l'Egypte à cet égard et déposent une déclaration concernant une question déterminée. Il a relevé pour mémoire que c'était le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de l'époque, M. Dag Hammarksjöld, qui avait proposé cette solution à l'Egypte. Aujourd'hui, le Secrétaire général devrait jouer un rôle plus actif pour encourager les Etats à accepter la compétence de la Cour en ce qui concerne certaines questions.

Un autre participant a indiqué que, puisque ni les déclarations en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour, ni les compromis ne répondaient de manière satisfaisante aux réalités actuelles, il était temps de rechercher d'autres solutions. Il s'est déclaré favorable à la proposition selon laquelle le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies pourrait identifier les différends exigeant un règlement international devant la Cour.

Un autre participant a fait observer qu'il avait cessé d'être un ardent défenseur du système de la clause facultative, même s'il jugeait que celle-ci avait une importance symbolique en tant qu'expression de la confiance dans la Cour et dans le règlement pacifique des différends. Il a noté que le fait qu'un grand nombre des affaires dont connaissait la Cour lui avaient été soumises en vertu du système de la clause facultative avait conduit à un appauvrissement de la jurisprudence, le système ayant obligé la Cour à interpréter des instruments qui n'étaient que des expressions unilatérales de volonté.

Selon lui, il n'y avait pas d'antagonisme entre les différentes bases de compétence de la Cour. Celle-ci devrait peut-être faire preuve de plus d'ouverture — tout en faisant montre de prudence — dans la manière dont elle évalue et interprète la compétence. Il était malsain pour des Etats s'étant opposés durant des années au sujet d'un différend de voir, en définitive, la Cour se déclarer incompétente relativement à celui-ci. Il était important que les Etats en litige se rencontrent pour négocier avant de se présenter devant la Cour.

En réponse à la critique de la clause facultative faite par un intervenant précédent, un autre participant a soutenu que les problèmes mentionnés se posaient de la même façon lorsque étaient invoquées les clauses compromissoires insérées dans des traités multilatéraux ou bilatéraux : ces traités n'empêchaient pas les exceptions préliminaires, lesquelles avaient souvent pour effet de ralentir sensiblement la procédure. Il a rappelé que la Cour avait d'ailleurs eu l'occasion d'éclaircir d'importantes questions de droit international en examinant des exceptions préliminaires.

Selon un autre participant, la juridiction obligatoire de la Cour renforcerait sans nul doute la place du droit international. Les Etats ont toutefois l'impression d'être trop exposés par le système de juridiction obligatoire de la Cour. Il a estimé que pouvaient être considérées comme raisonnables les réserves imposant un délai de douze mois entre le dépôt de la déclaration et la soumission d'une affaire à la Cour. Il a également considéré que les réserves discrétionnaires ou automatiques, bien que portant à controverse, pouvaient elles aussi être acceptables.

Quant à la valeur du système de la clause facultative, la question a été soulevée de savoir si le fait que la Cour avait toujours rejeté les exceptions préliminaires fondées sur l'affirmation que le différend était d'ordre politique plutôt que juridique ne révélait pas certaines difficultés à appliquer la clause facultative.

En réponse, il a été noté que le système supposait nécessairement un équilibre entre considérations politiques et juridiques. Le participant a indiqué que la Belgique, par exemple, avait récemment participé en tant que défendeur à deux affaires devant la Cour et que la préparation de sa défense s'était accompagnée de considérations à la fois juridiques et politiques.

Un autre participant a indiqué que, s'il avait certes bien fonctionné jusqu'à présent, le système de la clause facultative risquait toutefois de servir les intérêts des défendeurs. A cet égard, il a cité à titre d'exemple les changements intervenus depuis l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien*, dans laquelle le Portugal avait déposé une requête immédiatement après avoir fait sa déclaration d'acceptation de la clause facultative. Relevant que la situation avait changé du fait de l'adoption de réserves (déjà mentionnées) prévoyant un délai de douze mois entre le dépôt de la déclaration du demandeur et l'introduction de l'instance, il a approuvé l'idée d'une clause de refus de la compétence (« « opting out » clause ») qui permettrait le même type de réserves que celles autorisées par la convention sur le droit de la mer. Conscient des difficultés liées à toute modification du Statut de la Cour, il a estimé qu'une solution plus pratique consisterait peut-être à inclure ce type de dispositions dans les futurs traités régionaux.

Il a été fait observer que, par leurs déclarations, les Etats pouvaient entraver la Cour dans son choix des principes de droit international à appliquer au fond. S'agissant de la clause facultative, un participant a proposé que l'Organisation des Nations Unies encourage les Etats à faire figurer, dans les traités multilatéraux, des clauses compromissoires prévoyant le renvoi d'éventuels différends devant la Cour.

Un autre participant a relevé que la Cour (dans l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999 (Pakistan c. Inde)*, par exemple) semblait considérer toute réserve discrétionnaire comme inacceptable, mais que plusieurs déclarations assorties de telles réserves discrétionnaires n'en demeuraient pas moins en vigueur aujourd'hui, pour la plupart datant d'avant 1960. Il s'est demandé comment les gouvernements étaient susceptibles d'accueillir le développement du *jus cogens* en tant qu'il touchait la formulation de leurs réserves. Il a à cet égard renvoyé aux arguments avancés par le Congo dans la récente affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*. Il s'est interrogé sur le point de savoir si les Etats prendraient le *jus cogens* en considération pour formuler leurs réserves, ou s'ils attendraient plutôt quelque signal de la Cour.

Il a été rappelé que, en 1986, le Honduras avait formulé des réserves quant à la délimitation de frontières maritimes. Le participant a indiqué que ces réserves faisaient suite à l'entrée en vigueur de la convention sur le droit de la mer et s'expliquaient par le fait que le Honduras, partageant des frontières maritimes avec huit Etats dans la mer des Caraïbes, craignait d'être « pris en embuscade » devant la Cour par ses huit voisins. Heureusement, le Honduras avait pu rechercher un accord avec le Royaume-Uni et avec le Mexique au moyen de négociations amicales.

Un autre participant a indiqué avoir eu l'occasion de passer en revue les déclarations reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour. Il a relevé qu'elles revêtaient un caractère très disparate et que certaines d'entre elles remontaient aux années vingt ; il s'est déclaré favorable à l'idée d'une déclaration type.

L'importance d'un réexamen périodique par les Etats de leurs réserves a été soulignée. Les réserves formulées en 1986 par le propre gouvernement du participant avaient été libellées dans un contexte politique fort différent et pouvaient être revisées et réduites au regard de la situation politique actuelle.

Un autre participant s'est dit d'avis que, compte tenu des difficultés inhérentes à toute tentative d'améliorer le système de la clause facultative, mieux valait s'en accommoder : tous les moyens d'obtenir le consentement d'un Etat à soumettre des différends à la Cour ont leur intérêt. Il a toutefois indiqué que les compromis ne devraient pas exclure la possibilité d'obtenir des mesures conservatoires, ni prétendre éclairer la Cour sur le droit applicable à un différend donné, ce qui serait encore plus dangereux que de limiter le consentement à sa compétence.

L'un des intervenants a jugé qu'il y avait de quoi sourire au fait que deux des principaux participants à ce débat sur la clause facultative viennent du Royaume-Uni et de l'Inde, étant donné que les déclarations de ces deux Etats étaient en fait vides de substance. Selon lui, mieux valait un compromis bien négocié que des déclarations incompréhensibles telles que celles du Royaume-Uni et de l'Inde. Il s'est également demandé si la Commission du droit international ne devrait pas entreprendre d'examiner la possibilité d'instituer une clause de refus de la compétence.

Un orateur l'a en effet estimé souhaitable, mais s'est inscrit en faux contre l'observation de l'intervenant précédent sur les déclarations de

l'Inde et du Royaume-Uni. En particulier, la déclaration du Royaume-Uni n'était pas dénuée de sens, même si le droit d'amendement que cet Etat s'était réservé la possibilité d'exercer à tout moment risquait de poser certains problèmes politiques, voire juridiques.

Un participant a estimé que le Royaume-Uni devait être salué pour avoir accepté la juridiction obligatoire de la Cour. Il trouvait remarquable que, dans les réserves formulées par le Royaume-Uni, aucune ne fût d'ordre discrétionnaire, pareilles réserves n'étant pas compatibles avec le Statut de la Cour. La Cour serait bien inspirée d'adopter une vision conservatrice de sa compétence ; si elle devait envisager cette dernière de manière trop large, les Etats risqueraient de ne plus vouloir ester devant elle, ce qui s'était déjà produit ces dernières années. N'était-ce pas le Japon qui avait suggéré de prendre notamment en considération, pour choisir les juges de la Cour, l'étendue de l'acceptation, par le pays du candidat, de la juridiction obligatoire de la Cour ? Le participant a trouvé cette proposition judicieuse.

Un orateur a fait état de son désaccord avec les commentaires formulés sur les réserves du Royaume-Uni et de l'Inde, rappelant que cette dernière s'était déjà présentée à quatre reprises devant la Cour, ce qui indiquait que sa déclaration d'acceptation de la clause facultative était loin d'être dénuée de sens. Il a estimé que les réserves de l'Inde ne signifiaient pas que celle-ci rejetterait toute affaire *ipso facto*, mais plutôt qu'elle apprécierait chaque situation au cas par cas. En outre, il a noté que la Cour avait reconnu que les Etats étaient libres de formuler des réserves.

Un autre participant a rappelé que, à l'époque de la première conférence de La Haye, le mouvement internationaliste avait milité pour la création d'une cour permanente investie d'une compétence obligatoire générale. Que la Cour jouisse d'une juridiction obligatoire par le jeu d'une clause facultative n'est pas peu paradoxal. Il a rappelé que, lors des travaux sur la cinquième partie de la convention de Vienne sur le droit des traités, s'était posée la question de savoir pourquoi les Etats étaient si réticents à l'idée de se soumettre à la juridiction obligatoire de la Cour, et qu'il était apparu que la plupart d'entre eux étaient surtout réticents à l'égard de l'aspect le plus sujet à controverse, à savoir le *jus cogens*. Comment expliquer que les Etats acceptent des pans de juridiction obligatoire, par exemple celle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), mais non celle de la Cour ?

Un autre participant a indiqué souscrire à la dernière intervention : il a relevé que, dans la plupart des cas, l'acceptation du recours au règlement par un tribunal ayant compétence obligatoire à l'égard de questions qui sont aussi du ressort de la Cour faisait partie de la solution d'ensemble négociée.

En réponse à la question de savoir pourquoi un si grand nombre d'Etats étaient disposés à accepter la juridiction obligatoire d'autres organes de règlement des différends dans des domaines importants comme le commerce international (par exemple, celle de l'organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce), un autre participant a fait observer que cela dépendait grandement des Etats qui étaient au centre des négociations, ainsi que du hasard. En guise d'exemple, il a notamment

cité la convention sur le droit de la mer, dans laquelle les Etats ont voulu prévoir la juridiction obligatoire afin de réserver des questions délicates telles que l'attribution de ressources situées dans la zone économique exclusive. Il a noté que c'étaient les Etats-Unis, par l'entremise de Louis Sohn, qui avaient réussi à convaincre un si grand nombre d'Etats, en particulier des Etats communistes, d'adhérer au régime de règlement obligatoire des différends.

Un autre participant a avancé que si, dans le cadre des négociations ayant présidé à la création de l'OMC, les Etats parties étaient parvenus à imposer la juridiction obligatoire, c'était sans doute parce que leurs conseillers juridiques avaient convaincu les hommes politiques que les avantages l'emportaient sur les inconvénients. Il a fait observer que les Etats avaient ainsi montré, soixante ans après l'adoption du Statut, que, dans certains domaines du droit international, ils acceptaient que leurs différends soient soumis à la juridiction obligatoire. Peut-être existait-il d'autres domaines du droit international dans lesquels les Etats pourraient accepter cette juridiction obligatoire sous une forme distincte de la clause facultative? Il a conclu en souhaitant que les groupes régionaux tentent de se mettre en rapport avec les Etats pour les convaincre d'accepter la clause facultative.

Un autre participant a relevé que de nombreux Etats en développement faisaient l'objet de pressions considérables pour favoriser le commerce et les investissements et, par suite, accepter la juridiction obligatoire prescrite par certains traités régissant ces matières, faute de quoi ils ne pourraient attirer les investisseurs étrangers.

Un autre participant s'est demandé si le moment était venu pour la Cour de prendre une nouvelle orientation compte tenu de la prolifération d'autres juridictions internationales. Il a estimé que la Cour devrait peut-être se consacrer à la conciliation plutôt qu'au contradictoire, de sorte que les Etats hésiteraient moins à paraître devant elle. Un autre participant a toutefois souligné que la Cour était bridée par son Statut, en dépit du fait que son Règlement autorisait une certaine souplesse.

4. Questions particulières relatives aux compromis

L'orateur a fait observer qu'il y avait très peu d'informations sur les procédures de négociation des compromis en général, espérant que la présentation de son expérience personnelle concernant la négociation du compromis en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pourrait être utile à d'autres gouvernements.

La fonction principale d'un compromis est de conférer à la Cour la compétence de statuer sur le différend. La négociation d'un compromis a essentiellement pour objet de formuler les questions devant être soumises à la Cour et sur lesquelles celle-ci devra statuer. La conclusion éventuelle d'un «accord-cadre», c'est-à-dire d'un accord conférant compétence à la Cour sans définir les différents points sur lesquels porte le différend, laissant aux parties le soin de préciser l'objet du différend dans le cadre d'une requête unilatérale ou de leurs requêtes respectives,

n'était pas envisageable dans le contexte d'un différend aussi complexe que celui portant sur le projet de deux barrages sur le Danube.

Dans cette affaire-là, les deux parties avaient une conception totalement différente de la nature du différend juridique. Pour l'une, les questions à la base du différend relevaient du droit de l'environnement ; pour l'autre, le différend relevait du droit des traités. Dans des cas semblables, il est possible de résoudre le problème, comme cela fut fait en l'espèce, en formulant des questions portant sur divers actes des parties sans traiter la question de la « nature » du différend juridique.

Ainsi fut-il procédé à l'inventaire de tous les points litigieux soulevés par chacune des deux parties durant leur première réunion, ce qui constitua un bon point de départ. Les faits relatifs aux divers actes accomplis par chaque pays de 1989 à 1992, considérés par les deux parties comme constituant le cœur du différend, furent répertoriés par ordre chronologique. Si le regroupement de ces éléments factuels dans le cadre de questions juridiques soulevées par le comportement de chaque partie ne posait aucun problème en soi, il entraîna un débat sur l'ordre que devaient suivre les questions juridiques. Le dénominateur commun de ces questions résidait dans l'attribution de divers actes ou comportements à l'une ou l'autre partie. Avec le recul, on peut dire que les deux parties se soucièrent excessivement de l'ordre dans lequel devaient se succéder les questions juridiques. Les procédures écrite et orale permirent amplement à chaque partie d'indiquer précisément l'ordre dans lequel s'étaient succédé leurs actes respectifs ainsi que leurs interactions réciproques. De même, l'arrêt de la Cour démontra clairement que celle-ci ne nourrissait aucun doute quant à l'ordre chronologique des faits.

L'affaire fut l'occasion de mesurer la différence entre deux définitions de l'objet d'un même différend — unilatéralement au moyen d'une requête par l'une des parties, ou bilatéralement par le biais d'un compromis entre les parties. Les négociations relatives au compromis avaient été précédées par une requête unilatérale déposée par la Hongrie, en octobre 1992, au sujet du détournement du Danube projeté par la Tchécoslovaquie. Alors que la Tchécoslovaquie n'avait pas reconnu la juridiction obligatoire de la Cour en vertu du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut, elle aurait pu accepter la compétence de la Cour en l'espèce en vertu du paragraphe 5 de l'article 38 du Règlement en répondant à la requête de la Hongrie. Les choses ne se déroulèrent cependant pas ainsi. La Tchécoslovaquie proposa de négocier un compromis, proposition que la Hongrie accepta.

Dans sa requête unilatérale, la Hongrie avait prié la Cour de se prononcer sur la licéité d'un acte unilatéral de la Tchécoslovaquie, à savoir le détournement du Danube en direction de Gabčíkovo, l'un des deux barrages du projet conjoint hungaro-tchécoslovaque. Conformément à l'article 2 du compromis, la Hongrie et la Slovaquie prièrent conjointement la Cour de se pencher sur d'autres questions également, notamment la licéité du retrait unilatéral de la Hongrie du projet Gabčíkovo-Nagymaros, la licéité de l'action unilatérale de la Tchécoslovaquie, mentionnée plus haut, les effets juridiques de la déclaration unilatérale de la Hongrie visant à mettre fin au traité de 1977 relatif à la construction du projet et, enfin, les conséquences juridiques, quant aux droits et

obligations des parties, découlant de la décision de la Cour concernant ces questions juridiques.

L'introduction du différend par voie de compromis avait écarté le risque de voir soulever par la Hongrie des exceptions préliminaires à des demandes reconventionnelles que la Slovaquie aurait pu soumettre dans le but d'élargir l'objet du différend. Le compromis avait aussi permis de fixer les délais pour le dépôt des pièces de procédure, puisque les parties savaient au départ clairement quelles seraient les questions à traiter dans leurs pièces. La saisine conjointe et concertée de la Cour revêtait aussi une importance politique capitale, coïncidant avec l'agitation et l'instabilité liées aux changements politiques qui s'opéraient dans la région ; elle eut donc un impact psychologique important sur la manière dont les parties abordèrent le différend.

Les négociations relatives à ce compromis se déroulèrent dans un contexte très inhabituel, à une époque où une succession d'Etats s'opérait du côté de l'une des parties en cause. Les négociations, qui avaient commencé avant la succession d'Etats, se poursuivirent et ne furent menées à terme qu'après la dissolution de la Tchécoslovaquie. Durant les négociations hungaro-slovaques, après la dissolution, les quatre questions arrêtées auparavant d'un commun accord par les délégations tchécoslovaque et hongroise restèrent inchangées et aucune nouvelle question ne vint s'y ajouter.

Le problème de la succession d'Etats, et plus précisément la question de savoir si la Slovaquie était un Etat successeur à l'égard du traité de 1977 (conclu entre la Tchécoslovaquie et la Hongrie), n'émergea que lors du dépôt des pièces de procédure ; soulevé tout d'abord par la Hongrie dans son mémoire, il fit l'objet d'une réponse de la Slovaquie dans son contre-mémoire. Dans son arrêt, la Cour répondit directement et individuellement à cette question, en sus de sa réponse aux quatre questions définies dans le compromis.

Ainsi apparut-il que, même si les parties avaient défini l'objet d'un différend au moyen de questions concertées, la Cour, dans son arrêt, pouvait aussi traiter de questions juridiques sous-jacentes qui n'avaient pas été expressément soulevées dans le compromis. En outre, la formulation d'une question par les parties n'empêchait pas la Cour de scinder celle-ci en deux questions, voire plus. En effet, la Cour considéra en l'espèce que l'action unilatérale de la Tchécoslovaquie s'était déroulée en deux étapes et aboutit à une conclusion différente pour chaque partie de la question.

Contrairement à d'autres compromis, celui en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* traitait la question des mesures conservatoires. Les parties y étaient convenues, dans l'attente de la décision définitive de la Cour, d'établir et d'appliquer un régime temporaire de gestion des eaux du Danube et, dans l'intervalle, de régler leurs problèmes en la matière par le biais de consultations, ainsi que de recourir, au besoin, à des experts, dont la Commission des Communautés européennes ; elles s'y engageaient en outre à ne pas demander l'indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 41 du Statut. C'est là encore un exemple des

possibilités d'« adaptation » de l'objet d'un différend offertes par les compromis.

Dans certains compromis, les parties s'engagent expressément à accepter l'arrêt de la Cour comme définitif et à le mettre en œuvre de bonne foi, ce qui au fond revient à réaffirmer l'obligation qui leur incombe au titre du paragraphe 1 de l'article 94 de la Charte des Nations Unies. Le compromis conclu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* comprenait aussi un engagement de ce type, de même qu'il prévoyait que les parties conviendraient des modalités d'exécution de l'arrêt et qu'elles pourraient chacune, faute d'accord dans un délai de six mois, prier la Cour de rendre un arrêt supplémentaire pour déterminer ces modalités. Cet engagement, créant le fondement juridique de la compétence de la Cour, qui peut en l'espèce être saisie unilatéralement par voie de requête par l'une ou l'autre partie, rappelle en fait un « accord-cadre ».

Observations faites au cours de la discussion

Il a été fait observer que la négociation d'un compromis pouvait se révéler très difficile en raison de la combinaison de facteurs juridiques et politiques.

Un orateur a souligné que les compromis permettaient aux parties de proposer le nombre des pièces de procédure et l'ordre dans lequel elles seraient présentées et d'indiquer les délais pour leur dépôt, avec comme résultat une plus grande efficacité dans le règlement du différend.

La question a été posée de savoir pourquoi, lorsque des Etats choisissaient de saisir la Cour par voie de compromis, ils ne pourraient pas s'entendre par avance sur l'ordre de présentation des pièces (comme ils le font pour la prise de parole lors d'une procédure orale), ce qui serait plus efficace, tant du point de vue du temps que du point de vue du coût. L'orateur a convenu que l'indication dans le compromis de l'ordre de dépôt des pièces servirait les intérêts des parties, ajoutant que le dépôt simultané ne présentait à son sens aucun avantage. Il a cependant précisé qu'il était nécessaire de convaincre les responsables politiques d'accepter la juridiction de la Cour et que, lorsqu'un différend était soumis par voie de compromis, les parties s'efforçaient à tout prix de ne pas apparaître en position de défendeur. Or, déposer des pièces en second donnait un peu l'impression de se défendre contre une demande.

TABLE RONDE II. QUESTIONS DE PROCÉDURE

Mardi 11 avril 2006
10 heures-13 heures

Président/modérateur : M. le juge Al-Khasawneh, vice-président de la Cour

1. Questions relatives à la procédure écrite (en particulier en ce qui concerne les compromis)

Afin d'illustrer le dépôt des pièces de procédure dans le cadre des instances introduites par voie de compromis, l'orateur a présenté l'expérience de la Malaisie, notamment dans l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, qui avait été introduite par voie de compromis avec l'Indonésie, et l'affaire relative à la *Souveraineté sur Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks et South Ledge*, introduite par voie de compromis avec Singapour. Cette dernière affaire, toujours pendante, serait en état d'être entendue par la Cour dans un avenir proche. L'orateur a également indiqué que la Malaisie avait, en 2003, lors de la procédure consultative dans le cadre de l'affaire des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, présenté un exposé écrit très complet.

Aux termes de l'article 43 du Statut de la Cour, la procédure écrite comprend la communication à la Cour et aux parties des mémoires, contre-mémoires et, le cas échéant, des répliques et dupliques, ainsi que de toute pièce et document à l'appui. Les articles 44 à 53 du Règlement de la Cour développent les règles gouvernant la procédure écrite. L'article 49 du Règlement est déterminant en ce sens qu'il donne des indications en définissant la nature des différentes pièces de procédure. Les pièces sont souvent composées de plusieurs volumes, accompagnés d'annexes, de cartes, d'atlas, parfois aussi de déclarations écrites sous serment, ainsi que d'opinions juridiques et d'avis d'expert. L'impression des pièces de procédure au format voulu représente elle aussi un travail énorme.

Ordre de présentation des pièces et fixation des délais

Dans le compromis conclu entre la Malaisie et l'Indonésie, les parties avaient opté pour le dépôt simultané des pièces. Cette décision reflétait le principe de l'égalité des parties et le fait que, en conséquence du compromis, aucun des deux Etats n'estait en qualité de demandeur ou de défendeur. Il en a été de même pour le compromis présenté par la Malaisie et Singapour dans l'affaire les opposant. Traditionnellement, le système du dépôt simultané des pièces est réservé aux affaires introduites par voie de compromis. Dans les deux affaires, la Malaisie avait pu, à la suite de consultations avec ses pays voisins, limiter à trois les tours

de pièces déposées simultanément. Les compromis pertinents ayant été déposés en 1998 et 2003, elle n'a pas pu prendre en compte les nouvelles instructions de procédure publiées par la Cour le 30 juillet 2004. Par l'instruction de procédure I, la Cour souhaitait décourager la pratique du dépôt simultané de pièces dans les affaires soumises par voie de compromis. Cette position revêtait un intérêt considérable, à savoir que le dépôt consécutif de pièces pouvait d'entrée de jeu contribuer pour beaucoup à une meilleure focalisation et à une meilleure interaction des pièces.

La Cour éprouve de graves difficultés à traiter avec célérité les affaires inscrites à son rôle. Il apparaît difficile d'espérer l'accélération de ses travaux tant que les pièces présentées par les parties et leurs annexes continueront à être aussi volumineuses que le sont un grand nombre d'entre elles. Les pièces de procédure et leurs annexes doivent toutes être traduites dans l'autre langue officielle de la Cour, étape particulièrement longue et coûteuse qui doit être menée à bonne fin pour permettre à tous les juges de la Cour de participer sur un pied d'égalité à l'examen d'une affaire.

L'orateur a exprimé le souhait que les discussions menées dans le cadre du colloque puissent faire surgir quelques idées susceptibles d'aider la Cour à introduire des innovations procédurales en vue d'écourter le temps consacré au traitement des affaires dont elle est saisie.

Procédures incidentes

Un événement totalement inattendu pour la Malaisie a été le dépôt, en 2001, juste avant la clôture de la procédure écrite, d'une requête par laquelle le Gouvernement de la République des Philippines demandait à intervenir dans le différend avec l'Indonésie au sujet de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*. Les Philippines, invoquant le paragraphe 1 de l'article 53 du Règlement, avaient tout d'abord prié la Cour de leur communiquer des exemplaires des pièces de procédure. S'étant renseignée auprès des Parties, la Cour avait décidé de ne pas accéder à la demande des Philippines. Les Philippines déposèrent ultérieurement une requête à fin d'intervention dans l'affaire, invoquant l'article 62 du Statut de la Cour. Selon la Malaisie, les Philippines n'étaient pas fondées à intervenir et n'avaient aucune revendication à formuler. La Malaisie salua la coopération de l'Indonésie à cet égard, laquelle avait aussi catégoriquement déclaré que les Philippines n'avaient pas démontré l'existence d'un intérêt d'ordre juridique qui aurait pu être mis en cause par une décision rendue dans l'affaire entre l'Indonésie et la Malaisie. A la suite d'une brève audience, la Cour dit, dans son arrêt du 23 octobre 2001, que la requête des Philippines ne pouvait être admise. Cet épisode avait cependant causé un retard considérable.

Pour clore toutefois sur une note positive la question des procédures incidentes, l'orateur a indiqué que la Malaisie était convaincue que, au vu de la décision de la Cour, la demande des Philippines concernant une partie importante du territoire terrestre de la Malaisie, restée sans suite, avait effectivement été déclarée, une fois pour toutes, nulle et non avenue.

Observations faites au cours de la discussion

Un premier participant a indiqué partager l'opinion selon laquelle le dépôt simultané de pièces de procédure conduisait à des retards inutiles. Selon un autre point de vue exprimé, le dépôt simultané des pièces favorisait toutefois les convergences de vues entre les parties quant au nombre des pièces ainsi qu'à l'ordre et aux délais à respecter pour leur présentation ; de plus, les parties pouvaient opter pour le dépôt simultané, et non consécutif, des pièces de procédure afin de ne pas donner l'impression que l'une d'entre elles este en qualité de demandeur et l'autre de défendeur.

Un autre participant a fait observer que, au vu de son expérience de la Cour, le dépôt simultané des pièces de procédure aidait les autorités gouvernementales à réunir toute la documentation nécessaire.

Il a également été souligné que le dépôt simultané des pièces se révélait souvent nécessaire étant donné qu'il était difficile de convaincre l'autre partie de déposer en premier, la partie qui soumet sa pièce de procédure en premier ayant une seule possibilité de répondre par écrit (par une réplique), alors que la partie qui dépose sa pièce en second a deux possibilités de le faire (par un contre-mémoire et une duplique). Le dépôt simultané de pièces prend moins de temps et est plus efficace que le dépôt consécutif. En cas de dépôt consécutif des pièces, neuf mois sont nécessaires pour le mémoire, neuf mois pour le contre-mémoire, six mois pour la réplique et six mois pour la duplique : deux tours de pièces, soit trente mois au total. En revanche, en cas de dépôt simultané, il faut neuf mois pour le mémoire, neuf mois pour le contre-mémoire et six mois pour la réplique, soit vingt-quatre mois au total. L'unique inconvénient du dépôt simultané des pièces pour la Cour tient au fait qu'elle doit lire six pièces au lieu de quatre. L'intervenant a conclu que le dépôt simultané des pièces contribuait à maintenir les parties sur un pied d'égalité.

En réponse à ces différentes interventions, l'orateur a réaffirmé sa position selon laquelle le dépôt simultané de pièces était par lui-même insatisfaisant étant donné que le mémoire du défendeur était établi dans l'ignorance des arguments du demandeur. Les parties n'engageaient de vrai débat qu'au second tour de pièces.

Selon un autre participant, la phase écrite de la procédure était généralement marquée par un manque de discipline, les parties n'établissant souvent pas de distinction entre les faits, les allégations et les arguments juridiques. En ce qui concerne l'ordre de présentation des pièces, une solution équitable pourrait consister à ce que la partie qui a soumis ses pièces en premier n'intervienne qu'en second lors de la procédure orale.

En ce qui concerne le temps consacré aux écritures, un participant a fait observer que, selon son expérience, les consultations entre les parties au sujet des pièces de procédure sont cruciales pour l'accélération de toutes les phases de l'affaire.

Un autre participant a pour sa part jugé injustifié de critiquer le volume des pièces, et simplement hors de propos de comparer la Cour et les juridictions internes. Les procédures engagées devant la Cour ont une dimension politique et des conséquences sur les relations internationales

à venir, elles ne portent pas simplement sur des différends d'ordre juridique: d'où, à son avis, l'importance pour les Etats de pouvoir soumettre autant de preuves que possible de manière à présenter leur affaire au mieux des intérêts de leur pays.

2. Questions relatives à la procédure orale

L'orateur a rappelé que sir Robert Jennings avait à une époque déclaré qu'écourter les délais prévus pour la procédure orale permettrait de « remarquablement concentrer la réflexion des conseils ».

Déjà en 1943-1944, le comité interallié officieux constitué d'experts avait indiqué que la procédure orale pourrait causer des pertes de temps — « les ... parties ne faisant guère plus que de répéter les arguments déjà intégralement exposés (et en bonne et due forme) dans les pièces de procédure » —, sans pourtant aller jusqu'à recommander la suppression de la procédure orale, cette dernière revêtant à ses yeux « une valeur psychologique considérable et constituant une étape importante et condensée du travail de la Cour ».

Parmi les raisons avancées pour la revision du Règlement de 1972, il avait été fait observer que la procédure orale « tendait à devenir répétitive et excessivement longue ». En 1996, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Cour, d'éminents membres de la Cour indiquèrent dans divers cadres que la durée de la procédure orale devrait être écourtée. Le comité interallié officieux avait proposé de limiter la procédure orale aux réponses aux arguments soulevés dans la dernière pièce présentée par l'autre partie et de déterminer les points précis que la Cour voudrait entendre développer.

La première revision du Règlement par la Cour en 1972 aspirait, dans une certaine mesure, à mettre en pratique ces suggestions. Selon l'article 57 (qui devait devenir en 1978 le paragraphe 1 de l'article 61), ajouté en 1972, la Cour indiquerait les points qu'elle voulait voir étudier par les parties et ceux qu'elle considérait comme suffisamment discutés. Pour éviter la répétition de l'argumentation, l'article 56 (qui devait devenir l'article 60 en 1978) fut ajouté en 1972; il disposait que la procédure orale devait être succincte et ne porter que sur les questions divisant encore les parties.

La charge de travail actuelle de la Cour rend la réévaluation de la procédure orale d'autant plus nécessaire que celle-ci, de par sa nature, occupe presque tout le temps de la Cour. La procédure écrite, si exhaustive et compliquée soit-elle, prend principalement le temps des agents, des conseils et des gouvernements qu'ils représentent.

L'orateur a fait observer que, outre la dimension exclusivement judiciaire consistant à déterminer le droit applicable à une affaire, la Cour avait la fonction de régler les différends internationaux dans le cadre d'un système politique international; en dehors de la lecture des arrêts, la procédure orale constituait indéniablement l'unique occasion pour le public de voir comment fonctionne un système judiciaire international.

L'intérêt de renoncer à la procédure orale était plus manifeste dans les affaires où les preuves ne doivent pas être présentées en audience publique — affaires qui constituent peut-être la vaste majorité. L'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)* tendrait à prouver l'importance de la procédure orale. Le nombre considérable d'observations faites par la Cour sur les preuves présentées par le Nicaragua, et notamment celles concernant les témoins produits par celui-ci devant la Cour, semble pencher en faveur de l'importance de la procédure orale et de l'audition de témoins.

L'orateur a avancé un certain nombre de suggestions concernant la procédure orale :

1. La procédure orale pourrait devenir une phase optionnelle des affaires, et sa tenue être décidée par la Cour en accord avec les parties.
2. La procédure orale pourrait se tenir uniquement pour entendre les témoignages qui ne pourraient pas être présentés sous forme de déclarations écrites sous serment ou sur lesquels l'autre partie ou la Cour pourrait demander à obtenir plus de précisions de vive voix. Toute argumentation reposant sur un témoignage pourrait être produite par écrit et une courte séance publique de clôture pourrait être tenue, durant laquelle chaque partie disposerait d'un bref temps d'intervention pour exposer ses arguments et conclusions.
3. La Cour pourrait indiquer aux parties les questions qu'elle souhaite voir traitées de vive voix. D'autres arguments, tels que ceux présentés en raison d'impératifs politiques, pourraient encore être exposés par écrit. Pour abréger cette étape, la pratique interne de la Cour pourrait être modifiée afin de prévoir la création d'un comité de trois membres chargé de soumettre à l'examen de la Cour un certain nombre de points au moment où celle-ci définit les questions qu'elle entend voir traitées par les parties lors de la procédure orale.
4. Si la procédure orale devait plus ou moins conserver sa forme actuelle, il pourrait être envisagé de réactiver la chambre de procédure sommaire. Une possibilité consisterait à établir des règles de procédure spéciales pour cette chambre, dont la saisine serait optionnelle pour les parties.

Quant aux suggestions avancées pour rendre plus vivantes les audiences telles qu'elles se déroulent actuellement — éviter de lire les argumentations, faire en sorte que la Cour pose davantage de questions, ou même que les parties puissent s'interpeller mutuellement, etc. —, elles risqueraient peut-être d'inhiber les conseils qui ne souhaitent pas avoir à se préparer à répondre à des questions spontanées.

Observations faites au cours de la discussion

Un participant a souhaité dire un mot en faveur de la procédure orale. Issu d'une culture orale et donc favorable à la procédure orale dans la mesure où elle fait progresser la logique de l'affaire, critiquant toutefois la tendance à réitérer toute l'affaire lors de la procédure orale, il a indiqué

que celle-ci était plutôt conçue pour permettre aux parties de « présenter leurs arguments », c'est-à-dire de démontrer la logique de l'affaire en mettant en évidence la manière dont le droit s'appliquait aux faits, plutôt que de répéter simplement la totalité des faits, et a regretté que les agents tendent à penser que « plus on en dit, mieux c'est ».

Un autre participant a fait observer que son passé de *common law* l'inclinait à être également favorable à la procédure orale, mais qu'il souhaitait savoir si les juges la considéraient comme effectivement utile. Il avait posé cette question à certains juges et, même si aucun d'eux n'avait été inconditionnellement favorable à la procédure orale, aucun non plus n'avait affirmé qu'il serait préférable de la supprimer. La Cour devrait peut-être donner plus d'instructions concernant les questions à aborder au cours de cette phase de la procédure.

Selon un autre participant, l'utilité de la procédure orale dépendait de la qualité des conseils. Il a également fait observer que les avocats étaient parfois trop nombreux, ce qui aboutissait à répéter les arguments ; de plus petites équipes (pas plus de trois avocats) seraient préférables. Peut-être serait-il extrêmement souhaitable que les membres de la Cour posent des questions, mais ceux-ci n'y seraient sans doute pas favorables. Il se souvenait que, à l'époque où il faisait partie de la Cour, d'autres juges qui souhaitaient poser une question examinaient tout d'abord soigneusement celle-ci avec leurs collègues avant de revenir à l'audience, et il arrivait souvent que la question ne soit alors pas posée. Il a fait observer que la réticence des membres de la Cour à interroger les parties était regrettable, tant pour les juges que pour les conseils. Les demandes des juges encourageraient les conseils et inciteraient à éclaircir certains points ; poser des questions, selon lui, ne préjugerait pas de l'affaire.

Il a été indiqué en réponse que la procédure suivie par les juges pour poser des questions, telle que décrite ci-dessus, n'avait pas beaucoup changé depuis l'époque où le participant était membre de la Cour.

Selon un autre participant, rien ne permettait de mieux exprimer la qualité d'un argument que sa présentation orale dans le prétoire. Le problème était plutôt l'attitude passive de la Cour relativement à la procédure orale, qui rendait difficile pour des avocats de savoir ce qui intéressait les juges. Il a proposé que la Cour fournisse des indications aux parties en posant des questions et en indiquant, à l'avance, quels points elle souhaitait les voir aborder au cours de la procédure orale.

Pour un autre intervenant, les plaideurs apparaissant devant la Cour devraient faire preuve d'autodiscipline, une longue plaidoirie ne faisant qu'exacerber le problème de la lenteur des procédures. Il serait utile que les juges donnent aux parties quelques indications concernant leurs plaidoiries.

En ce qui concerne ce dernier point, un autre participant a rappelé qu'un débat déjà ancien opposait ceux qui estimaient que cela accélérerait et améliorerait la procédure et ceux qui pensaient qu'il faudrait éviter que des membres de la Cour donnent des indications. La difficulté résidait dans le fait que la procédure à suivre pour poser des questions ou indiquer des points à traiter était extrêmement formelle. Si l'article 61 du Règlement reconnaissait bien à celle-ci, de même qu'aux juges, la faculté

de poser des questions aux parties, le problème était que les parties pouvaient dès lors connaître la source de la question posée. Ainsi, le fait que le juge X ait posé une question pouvait donner aux parties un indice sur le sens dans lequel ce juge prendrait sa décision, ce qui n'était l'intention ni du juge ni de la Cour. L'idée qu'un juge ne devait pas révéler sa position n'était pas si déraisonnable que pourraient le croire ceux qui étaient formés dans la tradition britannique. Une autre solution consisterait à éviter le formalisme des questions posées par des membres de la Cour pendant la procédure orale. Les parties pourraient se voir indiquer, par exemple par l'intermédiaire du greffier plutôt qu'en audience publique, que quelques membres de la Cour — dont l'identité ne serait pas précisée — aimeraient que certains points soient éclaircis.

Dans ce contexte, une comparaison avec les procédures devant la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l'homme a été faite par un autre participant. Il a indiqué que la Cour européenne des droits de l'homme disposait d'un mécanisme permettant par exemple de limiter la portée de certaines procédures orales aux questions de fait et de certaines autres aux questions de droit.

Une autre opinion était que la procédure orale devant la Cour semblait être organisée d'une manière impersonnelle, afin de faire disparaître l'élément émotionnel véhiculé par le témoignage oral. La Cour siégeait et écoutait et il n'y avait pas de réelle interaction entre les conseils et les juges. L'intervenant a souhaité mentionner un autre élément à propos des témoignages oraux, même s'il était très rare que la Cour entende de tels témoignages. En 1966, dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, le défendeur avait adopté un point de vue très formaliste pour répondre aux allégations des demandeurs qui affirmaient que l'apartheid violait le principe de non-discrimination. L'Afrique du Sud appela à la barre quatorze témoins-experts pour attester les vertus de l'apartheid; il n'y eut pas de contre-témoignage de la part des demandeurs. Selon l'intervenant, si la Cour avait rejeté les demandes de l'Ethiopie et du Libéria, cela tenait peut-être à la confusion que les témoins du défendeur avaient fait naître chez elle par leurs témoignages. Il était regrettable que les demandeurs n'eussent pas présenté de contre-témoignage, compte tenu de ce que la Cour avait montré que les témoignages pouvaient avoir beaucoup d'influence sur elle. La question était, par conséquent, de savoir si les Etats, en soumettant une affaire, ne pourraient pas recourir plus largement à des éléments de preuve oraux afin de donner un aspect humain à la procédure et d'en éliminer le caractère sec et impersonnel.

Un autre participant a fait observer que le présent colloque se fondait sur l'idée générale selon laquelle un recours accru à la Cour serait souhaitable, la question étant alors de savoir ce qui pourrait être fait sur le plan de la procédure pour permettre à la Cour de gérer une plus grande charge de travail d'une manière rapide et efficace. Il a fait treize propositions:

1) encourager d'autres modes de résolution des différends et exiger des parties non seulement qu'elles négocient, mais également qu'elles épuisent les voies de conciliation;

2) encourager les parties à raccourcir et simplifier les écritures et les plaidoiries ;
3) faire que les parties déposent elles-mêmes les pièces de procédure dans les deux langues ou les encourager à convenir qu'une seule langue sera utilisée dans l'affaire ;
4) abréger les délais accordés pour le dépôt des écritures et le temps alloué pour la procédure orale ;
5) la Cour devrait demander aux parties de dresser, après le dépôt du mémoire et du contre-mémoire, une liste des questions les plus importantes, après quoi un groupe de trois juges procéderait à une évaluation préliminaire de l'affaire pour décider quelles questions sont suffisamment importantes pour donner lieu à une procédure complète ;
6) une autre solution consisterait à désigner, pour superviser l'affaire, un juge qui serait chargé d'orienter les parties en ce qui concerne le calendrier et la longueur des procédures ;
7) encourager le recours à des chambres dont la composition serait décidée par la Cour de manière à garantir que plusieurs chambres puissent siéger en même temps ;
8) inviter les parties à soumettre leur différend à des chambres sommaires ;
9) soumettre les questions de fait complexes à des assesseurs qui en rendraient ensuite compte à la Cour plénière ;
10) raccourcir le délai accordé aux juges pour rédiger leur note ainsi que le temps consacré aux délibérations ;
11) permettre à la Cour de renvoyer certaines affaires devant d'autres juridictions, telles que le Tribunal international du droit de la mer ou les experts du CIRDI, en fonction de la nature de l'affaire ;
12) soumettre les demandes d'avis consultatif à une chambre composée de trois ou cinq juges ;
13) mettre fin à la pratique consistant à lire l'intégralité de l'arrêt en séance publique ; il suffirait de lire un simple résumé de la décision pour satisfaire aux conditions énoncées dans le Statut (la décision dans son intégralité étant de toute façon accessible sur le site Internet de la Cour).

3. Questions relatives à la preuve

L'orateur a proposé d'entendre par « moyens de preuve » les matériaux soumis par une partie à un différend, de sa propre initiative ou à la demande de la Cour, aux fins d'établir tout fait qu'elle allègue ou titre juridique qu'elle revendique. Le droit international et la Cour dans sa pratique sont si peu formalistes qu'ils n'imposent de limitation ni quantitative ni qualitative en matière de moyens de preuve. La Cour cependant ne cesse d'appeler les parties à faire preuve de modération en s'abstenant de multiplier les annexes documentaires jointes à leurs écritures. En tout état de cause, la jurisprudence de la Cour ne laisse apparaître aucune typologie en la matière ; elle suggère simplement une hiérarchie de la

valeur probante des éléments de preuve, qui peut du reste varier en fonction des faits et circonstances propres à chaque espèce.

Pouvoirs de la Cour en matière d'admission et d'appréciation des moyens de preuve

La Cour, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur les faits, procède nécessairement à une évaluation des preuves fournies par les parties pour étayer leurs points de vue respectifs. Sa tâche ne se limite pas à établir quels matériaux produits à cette fin doivent être considérés comme pertinents, « elle est aussi de déterminer ceux qui revêtent une valeur probante à l'égard des faits allégués ».

Dans son appréciation de la valeur probante des éléments de preuve, la Cour se laisse guider par un certain nombre de principes qu'elle applique en fonction des faits et circonstances propres à chaque espèce. A cet égard, elle revendique la maîtrise du choix des éléments de preuve à prendre en compte et du poids à leur accorder.

Il n'existe pas de règle générale d'exclusion en fonction de la nature de la preuve. Le principe fondamental en la matière est la libre admissibilité des preuves par le juge international.

Pouvoir d'appréciation des éléments de preuve

Le principe de la libre admissibilité va de pair avec celui de la libre appréciation des éléments de preuve produits par les parties. Ainsi, dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)*, la Cour a-t-elle indiqué que

> « elle répertoriera[it] les documents invoqués et se prononcera[it] clairement sur le poids, la fiabilité et la valeur qu'elle juge[rait] devoir leur être reconnus. Conformément à sa pratique antérieure, la Cour indiquera[it] quels sont les éléments qu'elle estime[rait] ne pas devoir examiner plus avant... »

La Cour a dégagé dans cette affaire quelques règles de base devant gouverner son appréciation des éléments de preuve. En raison de leur portée générale, ces règles méritent d'être rappelées dans le présent contexte :

> « La Cour traitera avec prudence les éléments de preuve spécialement établis aux fins de l'affaire ainsi que ceux provenant d'une source unique. Elle leur préférera des informations fournies à l'époque des événements par des personnes ayant eu de ceux-ci une connaissance directe. Elle prêtera une attention toute particulière aux éléments de preuve dignes de foi attestant de faits ou de comportements défavorables à l'Etat que représente celui dont émanent lesdits éléments (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 41, par. 64). La Cour accordera également du poids à des éléments de preuve dont l'exactitude n'a pas, même avant le présent différend, été contestée par des sources impartiales.

> La Cour relève par ailleurs qu'une attention particulière mérite d'être prêtée aux éléments de preuve obtenus par l'audition d'individus directement concernés et soumis à un contre-interrogatoire par des juges rompus à l'examen et à l'appréciation de grandes quantités d'informations factuelles, parfois de nature technique. »

De même que la Cour n'est liée par aucun système de preuve, elle apprécie souverainement les éléments de preuve fournis, ce qui ne signifie pas pour autant qu'elle procède de façon arbitraire — elle s'est en effet dotée de règles et d'une méthodologie en la matière, qu'elle est nécessairement appelée à ajuster en fonction de l'espèce et des difficultés à administrer la preuve dans certaines affaires.

Le matériau cartographique

Le matériau cartographique constitue assurément l'un des moyens de preuve les plus usités dans les différends frontaliers et territoriaux. L'importance d'une carte dépend de son statut juridique, de sa provenance, de son auteur et des circonstances dans lesquelles elle a été dressée. Le statut juridique du matériau cartographique est fonction de l'identité de son auteur et de son intention. La carte peut être l'expression de la volonté des parties concernées. Bien que la jurisprudence de la Cour, suivant en cela la jurisprudence arbitrale et une opinion doctrinale établie, tende à limiter sa valeur juridique à celle de « preuve concordante qui conforte une conclusion à laquelle le juge est parvenu par d'autres moyens indépendants des cartes », une carte pourra dans certains cas constituer en elle-même un titre juridique dont, dans d'autres, elle ne sera que la preuve. A cet égard, les cartes établies par des tiers, qu'il s'agisse d'Etats ou d'organisations internationales, peuvent peser d'un poids bien plus important. Sans présenter nécessairement une valeur probante directe, elles participent de la notoriété générale de la ligne frontière.

Dans les contentieux frontaliers et territoriaux opposant d'anciennes colonies, le matériau cartographique est constitué pour l'essentiel de cartes dressées par les anciennes puissances coloniales dans le cadre de l'exercice de leur souveraineté sur les territoires concernés. Comme l'a dit la Cour dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, « les cartes ne sont que de simples indications plus ou moins exactes selon les cas », même si, à l'occasion, elles peuvent « acquérir une valeur juridique » — à condition toutefois d'avoir « été intégrées parmi les éléments qui constituent l'expression de la volonté de l'Etat ou des Etats concernés ». Cette thèse a récemment été rappelée par le Tribunal arbitral dans l'affaire *Erythrée-Yémen (première phase : souveraineté territoriale et champ du différend)* et par la commission du tracé de la frontière entre l'Erythrée et l'Ethiopie, statuant dans le cadre de la Cour permanente d'arbitrage.

La qualité et la précision des cartes sont généralement source de controverse entre les parties et de difficultés pour la Cour dans sa tâche d'appréciation des éléments de preuve. Dans son arrêt rendu en l'affaire du *Différend frontalier (Burkino Faso/République du Mali)*, la Chambre de la Cour a précisé la valeur probante des cartes en des termes qui en

font, sur cette question, un arrêt de principe. La Chambre constituée en l'affaire *Bénin/Niger* s'est laissé guider par cette jurisprudence, dont elle a rappelé la teneur.

De réelles difficultés existent dans le cas de cartes annexées à un traité dont elles font partie et apparaissent comme l'illustration. En premier lieu, il se peut que les données (coordonnées, indications géographiques, etc.) contenues dans le traité ne correspondent pas à celles figurant sur la carte. Quel élément doit prévaloir dans ce cas? A priori, le traité, le texte écrit pouvant être présumé plus accessible à tous et mieux refléter l'intention des signataires qu'une carte, document technique dont seuls des spécialistes sont à même de vérifier la précision. En second lieu, la carte annexée peut se révéler d'une qualité et d'une précision insuffisantes à la lumière des progrès techniques. La question est de savoir si la Cour peut, *proprio motu*, préciser les données d'une carte ou si sa tâche doit se limiter à vérifier si celle-ci représente bien le tracé de la frontière considérée. La première solution pourrait sembler devoir être privilégiée, par application aux cartes, *mutatis mutandis*, du principe d'interprétation dégagé par la Cour permanente au sujet des dispositions textuelles, selon lequel

> « il est naturel que tout article destiné à fixer une frontière soit, si possible, interprété de telle sorte que, par son application intégrale, une frontière précise, complète et définitive soit obtenue » (*Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du traité de Lausanne, C.P.J.I. série B n° 12*, p. 20).

Mais à appliquer ce principe en pareil contexte, l'on ferait fausse route. D'abord parce que, en matière cartographique, il n'est pas question d'interprétation, mais de précision. Il ne s'agit donc pas de rechercher le sens que les auteurs de la carte voulaient donner à telle coordonnée ou à tel signe conventionnel: les normes techniques sont en la matière connues et intangibles et doivent être observées jusqu'à leur renouvellement par la communauté scientifique. Ensuite, et c'est là une conséquence, la Cour ne peut préciser les données d'une carte, adapter son objet ou procéder à son actualisation technique qu'à la demande expresse des parties (en cas de saisine par compromis), ou au moins de l'une d'elles (en cas de saisine par requête). En tout état de cause, la Cour évite autant que possible de s'engager dans l'appréciation de données techniques ou cartographiques.

Visite sur les lieux

Comme les autres juridictions internationales, la Cour a le pouvoir d'ordonner, d'office ou à la demande des parties, ainsi qu'il ressort de l'article 66 de son Règlement de 1978, une visite sur les lieux ou l'inspection des objets sur lesquels porte le litige.

La Cour ne recourt que très rarement à ce mode de preuve. Elle n'a, en effet, en un demi-siècle d'existence, effectué de visite sur les lieux que dans l'affaire relative au *Projet Gabčikovo-Nagymaros* — et ce, à la demande conjointe des deux parties, la Slovaquie et la Hongrie, matérialisée notamment par le protocole d'accord du 14 novembre 1995.

Pour le moment, elle n'en a donc pas fait davantage que la CPJI, laquelle s'était transportée sur les lieux dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse* à la demande du Gouvernement belge. Pourtant, à la lumière de quelques affaires dont elle a récemment eu à connaître, l'on peut juger regrettable que la Cour n'use pas du pouvoir qui lui est reconnu par son Règlement d'exercer *in situ* ses fonctions relatives à l'établissement des faits. Ce faisant, elle aurait assurément évité d'être induite en erreur ou de trancher certains points litigieux sur la base d'impressions créées par une présentation inexacte de certains faits de la cause.

Dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, en date du 15 mars 1996, la Cour a reconnu qu'il lui était difficile, à l'issue des plaidoiries des deux parties, de se prononcer sur l'exactitude des faits. La seule manière dont la Cour aurait pu se faire une opinion exacte, ou du moins aussi proche que possible de la réalité, aurait consisté à se rendre sur les lieux, observer les positions respectives des deux armées et interroger, le cas échéant, les autorités civiles et militaires de la zone concernée.

Les textes coloniaux, éléments de preuve du « titre colonial » ou titre juridique ?

Dans l'espace colonial, et en particulier dans l'Empire colonial français, les limites territoriales n'étaient rien d'autre que des délimitations entre différentes divisions administratives ou colonies relevant de la même autorité coloniale. Ces limites intercoloniales ne sont devenues des frontières internationales entre Etats qu'au moment de l'indépendance ; ce moment constitue la « date critique » dans les contentieux frontaliers ou territoriaux entre anciens territoires coloniaux.

Si les règles du droit colonial sont, en droit international, de simples éléments de fait parmi d'autres, comme l'a affirmé la Cour, elles ne sauraient en elles-mêmes ou à elles seules constituer un titre juridique. Comme moyen de preuve, leur valeur probante en droit international dépend de leur validité au regard du droit colonial ou « droit d'outre-mer ». Mais de quoi seraient-elles donc la preuve ? La Cour répond : « du legs colonial » à la date critique. Mais qu'est-ce donc que ce « legs colonial » ? Il s'agit des textes qui fixent le tracé de ce qui devient frontière intercoloniale à la date critique, en l'occurrence l'accession à l'indépendance. Autrement dit, en bonne logique, une fois établie la validité de textes coloniaux fixant les limites intercoloniales au regard du droit colonial, ces textes ne sont plus seulement des éléments de preuve, ils deviennent le titre juridique même en vertu duquel l'un ou l'autre Etat peut revendiquer une frontière intercoloniale ou une parcelle territoriale.

Témoignages : affidavits et sommations interpellatives

Dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)* examinée par une chambre de la Cour, il a été recouru à des témoignages présentés

sous forme de « sommations interpellatives » (réponses à des enquêtes officielles), mais leur valeur a été mise en question.

Quelle est la nature de ces témoignages ? S'agit-il d'affidavits ou de simples déclarations de personnes présentées comme des témoins ? En droit international, un affidavit s'entend d'une « déclaration écrite sous serment par l'intéressé ou un témoin devant l'autorité interne compétente, portant sur certains faits ou sur l'authenticité de certains documents sur lesquels s'appuie la demande » (*Dictionnaire de droit international public*, J. Salmon (dir. publ.), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 47).

En règle générale, les affidavits ne sont au mieux que des moyens de preuve de caractère secondaire qui ne peuvent servir qu'à confirmer des faits suffisamment établis par ailleurs. Par eux-mêmes et de façon autonome, ils sont en principe inaptes à prouver des faits. La Cour manifeste toujours une certaine méfiance à l'égard de ce type d'éléments de preuve, qu'il s'agisse de témoignages oraux ou d'affidavits. Elle ne voit dans les propos attribués par un témoin à des tiers, et n'ayant pas reçu de confirmation personnelle et directe, « que des allégations, sans force probante suffisante » (*Détroit de Corfou, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 17) — position que la Cour a développée dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*.

Dans l'affaire *Bénin/Niger*, la majorité des sommations interpellatives produites par la partie concernée étaient fondées sur des ouï-dire. Sur dix-huit personnes, seules quelques-unes rapportaient des faits dont elles avaient personnellement été témoins. Par ailleurs, la plupart des personnes appelées à témoigner se contentent de faire des affirmations sur ce qu'il leur est demandé de prouver. De telles déclarations ne peuvent en aucune façon contribuer à une administration rigoureuse de la preuve.

Autres questions relatives à la preuve

Un consultant ne peut se prononcer que sur la base des documents soumis à son appréciation. La Cour devrait donc considérer avec une extrême prudence ce genre de moyen de preuve, et les parties s'abstenir de l'en accabler, la Cour ayant déjà peine à faire face à des annexes dont le volume s'accroît d'affaire en affaire.

Il arrive qu'une partie mette l'autre dans l'impossibilité de consulter des éléments de preuve en sa possession, ou se refuse à faire droit à une demande de preuve formulée par la Cour, et ce malgré une obligation de collaborer à l'établissement des faits bien établie dans le droit procédural international.

Enfin, il y a lieu de se demander si la règle *actori incumbit probatio* ne pourrait pas être inversée dans certains cas, à charge pour la partie détenant des preuves auxquelles l'autre ne peut accéder de prouver les faits.

Observations faites au cours de la discussion

Un intervenant a estimé qu'il existait un réel problème s'agissant de l'établissement des faits devant la Cour. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, cette dernière avait eu recours à des méthodes d'établissement

des faits et de collecte des éléments de preuve particulièrement créatives, mais celles-ci semblent avoir été abandonnées depuis lors. Il n'y a aucune raison que les parties ne puissent suggérer elles-mêmes à la Cour des moyens d'établir les faits avec précision.

Dans ce contexte, un autre intervenant a souligné l'existence de différences en ce qui concerne le droit de la preuve applicable par les différentes juridictions internationales. La Cour peut être amenée à examiner des éléments de preuve déjà traités par d'autres juridictions ; ainsi la Cour pourrait-elle avoir à examiner, dans les affaires relatives à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, des éléments de preuve déjà soumis au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY), et ceux examinés par elle en l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* pourraient-ils de même être communiqués à la Cour pénale internationale. L'intervenant s'est déclaré préoccupé à l'idée que différentes juridictions puissent parvenir à des conclusions opposées, sur le fondement des mêmes moyens de preuve ou du même ensemble de faits allégués, ou adopter des positions contradictoires quant à la recevabilité de mêmes éléments. Par exemple, l'enregistrement vidéo des « Scorpions », déclaré irrecevable par le TPIY, a néanmoins pu être versé au dossier de l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* devant la Cour. De même, la CIJ et le TPIY ont procédé différemment s'agissant du crédit à accorder aux rapports spéciaux. Pour le TPIY, ceux-ci doivent être étayés par les dires de témoins eux-mêmes soumis à un contre-interrogatoire ; la Cour, en revanche, semble s'être appuyée sur des déclarations écrites et des rapports sans exiger de contre-interrogatoires, notamment dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* (rapports de la MONUC).

A cet égard, un autre intervenant a fait valoir qu'il était à la fois exact et inévitable qu'il y ait, notamment entre la CIJ et le TPIY, des différences dans les critères d'établissement de la preuve lorsqu'il s'agit de démontrer la responsabilité. Contrairement aux individus faisant l'objet de procédures pénales, les Etats ne jouissent pas de la présomption d'innocence : ils sont censés « mettre de l'ordre chez eux ». Le critère d'établissement de la preuve appliqué par la Commission vérité et réconciliation du Guatemala, par exemple, est très différent de celui qu'utilisent d'autres juridictions.

En réponse à cette intervention, il a été observé que, s'il existe indubitablement une distinction entre droit pénal et droit des droits de l'homme, le fait est que, lorsque deux juridictions examinent les crimes imputés à un Etat au regard de la convention sur le génocide, il faut, pour que ces crimes soient établis, qu'il soit satisfait à un certain seuil de la preuve.

Il a été noté que, structurellement, la Cour tendait à privilégier l'établissement de la licéité de faits allégués plutôt que l'établissement des faits eux-mêmes. Dans les affaires de délimitation, la Cour ne se rend-elle pas plus souvent sur place ?

Un autre intervenant a estimé que, contrairement à ce qu'avait indiqué l'un des orateurs, la visite sur les lieux en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* ne pouvait être citée comme exemple de collecte d'éléments de preuve par la Cour. Lorsqu'elles ont prié la Cour de se transporter sur les lieux dans le cadre de l'affaire qui les opposait, la Hongrie et la Slovaquie ont pris soin de ne pas employer le terme de « preuve », puisque l'une des Parties prétendait que le préjudice en cause ne pouvait être que potentiel ou futur. La visite n'avait d'autre objet que d'aider la Cour à mieux appréhender la complexité de la structure, et les implications géographiques, du projet.

4. Questions relatives à l'exécution et à la mise en œuvre des décisions de la Cour

L'orateur a exposé comme suit les principales questions liées au respect et à la mise en œuvre des arrêts de la Cour :

— Quel est le statut d'un arrêt dans l'ordre juridique interne d'un Etat ?
— Qu'impose l'arrêt ?
— Quels sont les moyens disponibles pour en assurer le respect ?

Les relations entre Etats fédérés et autorités fédérales ont été au cœur de la question de la mise en œuvre par les Etats-Unis des arrêts rendus par la Cour dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, ainsi que des ordonnances en indication de mesures conservatoires prises dans ces mêmes affaires et dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires [Breard]*. Les Etats-Unis ont abordé la question en partant du principe que le droit international leur faisait obligation de se conformer au dispositif des arrêts de la Cour, mais non d'accepter à d'autres fins le raisonnement de la Cour ou l'interprétation du traité avancée par elle.

Dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, le dispositif des arrêts de la Cour prévoyait que, en ce qui concernait les affaires pénales dans lesquelles il y avait eu violation des obligations de notification consulaire imposées par la convention de Vienne sur les relations consulaires, les Etats-Unis assureraient le réexamen et la revision des verdicts de culpabilité rendus et des peines prononcées à l'encontre des ressortissants étrangers concernés en mettant en œuvre les moyens de leur choix, même dans les cas où la procédure judiciaire était déjà close. Dans l'affaire *Avena*, la Cour a en outre précisé le sens de l'expression « par les moyens de leur choix » d'une façon donnant à entendre que, du moins dans la majorité des cas, le réexamen devait intervenir dans le cadre d'une procédure judiciaire.

L'arrêt rendu en l'affaire *Avena* est très différent d'un arrêt fixant une frontière internationale, ou exigeant la libération d'un diplomate illégalement détenu ou le retrait d'un mandat d'arrêt. Indépendamment de toute question de fédéralisme propre aux Etats-Unis, l'un des aspects cruciaux de la décision rendue en l'affaire *Avena* tient à ce qu'elle a été perçue par les Etats-Unis comme une intrusion dans le fonctionnement d'un système de justice pénale national, une tentative de régir les règles de procédure pénale d'un Etat.

Pour les Etats-Unis, les arrêts de la Cour ne sont pas d'exécution directe — c'est-à-dire que les particuliers ne peuvent pas en demander directement l'exécution devant les tribunaux des Etats-Unis. Les Etats-Unis estimaient que les arrêts créaient pour eux une obligation internationale, et qu'il incombait donc aux autorités fédérales — essentiellement au président — de décider de l'opportunité et de la manière de s'y conformer. Certains n'étaient cependant pas de cet avis et, dans l'un des Etats, tant le gouverneur que les tribunaux ont postulé que l'arrêt de la Cour avait un effet juridique direct et ont ainsi procédé, sans attendre une décision de l'exécutif fédéral, au réexamen de l'affaire impliquant l'un des cinquante et un Mexicains, procédure qui s'est conclue par la commutation de sa condamnation à mort en peine de réclusion à perpétuité.

S'agissant de la question des obligations imposées par l'arrêt, la portée de celles relatives au réexamen judiciaire offrait matière à débat dans tout ou partie des cas, mais il a finalement été décidé de chercher dans toutes les affaires couvertes par l'arrêt le moyen de procéder, dans la mesure du possible, au réexamen judiciaire. Cette interprétation a clairement réduit le risque de voir surgir un nouveau différend avec le Mexique, mais elle a en même temps rendu plus difficile l'exécution de l'arrêt. Dans tous les cas en cause dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, les ressortissants étrangers concernés avaient été reconnus coupables de meurtre et condamnés à la peine de mort par des juridictions d'Etats fédérés. Selon la thèse des Etats-Unis, les allégations de violations conventionnelles avaient été soulevées trop tardivement pour être réexaminées par ces juridictions comme le prévoyaient les règles de procédure pénale des Etats-Unis.

Les Etats-Unis ont dû déterminer quelle autorité juridique — exécutive ou législative — serait en mesure d'imposer aux tribunaux la réouverture des procès, et de choisir le cadre judiciaire adéquat. Aux termes de la Constitution des Etats-Unis, les Etats fédérés sont tenus de se conformer aux traités conclus par les Etats-Unis, mais il n'existe aucune base établie leur imposant d'observer les dispositions d'un arrêt de la Cour.

Les problèmes posés par la structure fédérale des Etats-Unis étaient exacerbés par le fait que la Cour n'avait pas entièrement laissé aux Etats-Unis le choix des moyens d'assurer le respect de ces arrêts. Lorsque, dans l'affaire *Avena*, la Cour a exprimé le souhait de voir procéder au réexamen et à la revision judiciaires d'affaires pénales jugées au niveau des Etats et par ailleurs closes, la question de savoir comment les Etats-Unis pourraient accéder à ce souhait était loin d'être évidente. En définitive, une base juridique a toutefois été trouvée, permettant au président d'ordonner aux juridictions des Etats de procéder au réexamen et à la revision pour un certain nombre de raisons. Parmi ces raisons figuraient les suivantes : 1) l'arrêt de la CIJ s'imposait aux Etats-Unis et au Mexique dans le cadre du différend spécifique qu'il venait trancher ; 2) les Etats-Unis avaient contracté l'obligation de se conformer à l'article 94 de la Charte des Nations Unies ; 3) le Congrès des Etats-Unis avait conféré au président une autorité spécifique vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies ; et 4) la Constitution des Etats-Unis conférait au président des pouvoirs étendus concernant la conduite des relations extérieures. En

conséquence, en février 2005, le président a décidé que les Etats-Unis se conformeraient à l'arrêt *Avena* en demandant aux juridictions des Etats de procéder au réexamen et à la revision des cinquante et une affaires.

La question de l'interprétation de la convention de Vienne a été portée devant la Cour suprême des Etats-Unis; elle avait été soulevée dans l'affaire *Avena* parce que, dans le système fédéral des Etats-Unis, les juridictions des Etats fédérés sont tenues de mettre en œuvre les traités fédéraux. Si l'exécutif avait accepté l'interprétation de la convention de Vienne sur les relations consulaires donnée par la Cour, ce traité lui-même aurait pu servir de base pour imposer aux juridictions étatiques l'obligation de se conformer à l'arrêt *Avena*.

L'orateur a signalé en conclusion que les Etats-Unis avaient pris une autre décision connexe: celle de se retirer du protocole de signature facultative à la convention de Vienne — base de compétence pour les deux affaires. Les Etats-Unis ont estimé que ce retrait était nécessaire pour éviter de nouveaux arrêts semblables à celui rendu dans l'affaire *Avena*, et de nouvelles intrusions dans le système de justice pénale des Etats fédérés.

Observations faites au cours de la discussion

Un intervenant a exprimé l'admiration que lui inspirait la dextérité avec laquelle l'orateur avait remplacé une obligation de résultat par une obligation de moyens.

Un autre intervenant a fait observer que les questions de fédéralisme et de droit interne exposées, pour intéressantes qu'elles fussent, étaient indéfendables sur le plan du droit international. C'est une chose que de critiquer un arrêt de la Cour, c'en est une tout autre que de n'en faire aucun cas. Pourquoi les Etats-Unis ont-ils rejeté seulement le protocole à la convention de Vienne, et pas aussi la Charte des Nations Unies, puisque celle-ci leur impose de se conformer aux décisions de la Cour?

Selon un autre intervenant, l'orateur a présenté à l'auditoire une vision de la Constitution des Etats-Unis et des obligations conventionnelles internationales conclues par ce pays qui laisse beaucoup à désirer. Les auteurs de la Constitution des Etats-Unis ont clairement indiqué que les traités équivalaient à la loi suprême du pays et s'imposaient directement aux juges des Etats. Selon certains, si les Etats-Unis sont intervenus en l'affaire *Medellín* (*Medellín c. Dretke*, Cour suprême des Etats-Unis, n° 04-5928, publié dans 44 *ILM* 951 (2005)), c'est parce qu'ils prévoyaient que la Cour suprême conclurait que les juridictions des Etats étaient liées par l'arrêt *Avena*.

Un autre intervenant a demandé si d'autres pays dotés de systèmes fédéraux (l'Allemagne ou la Suisse, par exemple) avaient rencontré la même difficulté à mettre en œuvre les décisions de la Cour.

L'orateur a précisé que son affirmation selon laquelle il n'existait aucune base conventionnelle à la mise en œuvre des décisions de la Cour ne signifiait pas que les traités ne constituaient pas la loi suprême du pays. Le problème pour les Etats-Unis était de savoir comment les juridictions des Etats pouvaient mettre en œuvre une obligation conventionnelle

dont la portée avait été déterminée par une juridiction internationale. Les traités sont la loi du pays, et les Etats sont constitutionnellement tenus d'appliquer les traités fédéraux en tant que législation fédérale ; si elle avait elle-même imposé une obligation de remède en droit pénal, la convention de Vienne sur les relations consulaires aurait constitué une base conventionnelle claire pour écarter toute loi interne d'un Etat à l'effet contraire. Mais, puisque les Etats-Unis n'acceptent pas cette interprétation du traité, il n'y avait, selon l'orateur, aucune base justifiant d'obliger les juridictions des Etats fédérés à agir. La Charte des Nations Unies est sans conteste pertinente. L'orateur a également fait valoir que le système fédéral des Etats-Unis se rapprochait davantage de celui de l'Union européenne que, par exemple, du système constitutionnel de l'Allemagne.

TABLE RONDE III. QUESTIONS DE L'ACCÈS À LA COUR

Mardi 11 avril 2006
15 heures-18 heures

Président/modérateur : M. le juge Simma

1. Les organisations internationales, et plus particulièrement l'Organisation des Nations Unies, dans la procédure consultative devant la Cour

Pour l'orateur, les avis consultatifs jouent un rôle important, et largement reconnu, dans le développement du droit constitutionnel et administratif des organisations internationales, et de l'Organisation des Nations Unies en particulier. Or, toute discussion sur ce rôle passe nécessairement par celle d'une autre question importante, l'accès à la Cour.

Aux termes du paragraphe 1 de l'article 96 de la Charte, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité ont le pouvoir exprès de demander à la Cour un avis consultatif sur « toute question juridique » ; mais, en vertu du paragraphe 2, les autres organes de l'Organisation et les institutions spécialisées peuvent également recevoir l'autorisation de demander un tel avis. La Charte a ainsi doté la Cour d'une fonction consultative plus étendue que celle conférée à la CPJI, en augmentant le nombre d'organes habilités à demander des avis consultatifs.

Il n'est pas certain que ce rôle accru accordé à la Cour, en tant que partie intégrante du système des Nations Unies, ait été aussi pleinement rempli que les auteurs de la Charte l'avaient peut-être envisagé. Seules vingt-cinq demandes d'avis consultatifs ont été soumises à ce jour ; l'exercice de ce droit s'est indubitablement déroulé sous le signe de la retenue, même si la Cour a toujours répondu à ces demandes comme il convenait.

Deux questions en particulier semblent, en ce qui concerne l'accès à la procédure consultative, avoir été insuffisamment étudiées, sinon être restées sans réponse. La première est celle de savoir si les dispositions actuelles permettent la réalisation de tout le potentiel que recèle la fonction consultative, et se prêtent à l'objectif consistant à fournir aux organisations internationales un moyen de trancher certains points de droit découlant de leurs activités, qu'ils se posent de manière générale et abstraite ou soient liés à un cas précis. L'autre tient au fait que les organisations internationales ne peuvent, sur le plan procédural, saisir la Cour d'affaires contentieuses, ce qui les désavantage tout en risquant de faire peser sur la fonction consultative une charge supplémentaire.

Si l'on peut arguer que les avis consultatifs dits « obligatoires » atténuent dans une certaine mesure ce désavantage, il n'en demeure pas moins que les clauses stipulant ce caractère obligatoire ne sauraient

remplacer le plein accès à la procédure contentieuse de la Cour. Les organisations internationales n'ont, en vertu des dispositions actuelles, qu'un accès limité à cette dernière, ce qui est dû, d'une part, à l'obligation d'ordre procédural à laquelle elles sont soumises d'agir via un organe tiers mais aussi, d'autre part, au fait qu'elles ne peuvent en conséquence formuler la question de fond de manière autonome. L'affaire du *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme* en fournit un exemple : la question qu'avait formulée le Secrétaire général était très différente de celle qu'a effectivement posée le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies dans sa demande adoptée le 5 août 1998 (décision du Conseil économique et social 1998/297).

La question de l'opportunité d'autoriser le Secrétaire général à demander de sa propre initiative un avis consultatif se pose avec d'autant plus d'acuité que les dispositions actuelles relatives à la procédure consultative de la Cour pourraient ne pas être jugées adéquates. C'est le Secrétaire général Javier Pérez de Cuéllar qui, dans son rapport annuel de 1990, a le plus clairement exposé la thèse des partisans d'une telle autorisation :

> « Habiliter le Secrétaire général à [demander des avis consultatifs] contribuerait pour beaucoup ... à accroître les moyens de règlement pacifique des situations de crise internationales. Cette suggestion m'est dictée tant par la relation complémentaire existant entre le Conseil de sécurité et le Secrétaire général que par le fait que presque toutes les situations mettant en jeu la paix et la sécurité internationales obligent le Secrétaire général à exercer très fréquemment ses bons offices. »

Rien ne permet de penser qu'un accès plus facile aux procédures consultatives de la Cour engendrerait des abus de la part du Secrétaire général. Notant toutefois que la proposition était loin de faire l'unanimité, l'orateur a soumis à la discussion la question suivante :

> « Serait-il judicieux d'accorder au Secrétaire général l'autorisation prévue au paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte et, dans l'affirmative, quelle serait la meilleure façon de procéder dans l'environnement actuel de l'Organisation des Nations Unies ? »

Ont également été soulevées, pour discussion, les questions connexes ci-après :

1) Au vu des arguments avancés par le Secrétaire général Javier Pérez de Cuéllar, une telle autorisation serait-elle réellement nécessaire ?
2) Est-il possible d'atteindre le même objectif en recourant aux procédures contentieuses et consultatives existantes, tels le compromis entre les parties ou la demande d'avis consultatif formulée par l'intermédiaire d'un organe habilité à ce faire — Assemblée générale ou Conseil de sécurité, par exemple ?
3) Quels avantages y aurait-il à ce que le Secrétaire général — plutôt que les autres organes de l'Organisation des Nations Unies — fasse usage de cette autorisation ?

4) L'autorisation devrait-elle être globale ou limitée et *ad hoc* ?
5) Quelle serait l'étendue des questions relevant de la compétence du Secrétaire général ?
6) Comment serait-il veillé à ce que, dans l'exercice de cette faculté, le Secrétaire général respecte les vues des Etats ou la compétence d'autres organes ?
7) Le fait que le Secrétaire général soit un individu, et non un organe délibérant, revêt-il une importance ?

Observations faites au cours de la discussion

Un intervenant a rappelé que la question avait donné matière à de très longues discussions et que, pour certains, le Secrétaire général n'était pas un organe de l'Organisation des Nations Unies, le Secrétariat seul pouvant être considéré comme tel. Il souhaitait néanmoins rappeler deux faits incontestés : premièrement, la Cour est tout à fait favorable aux demandes d'avis consultatifs, et deuxièmement, depuis le mandat de Dag Hammarskjöld, les fonctions, responsabilités et activités du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dans le domaine politique n'ont cessé de s'étoffer (en matière de « bons offices », de « diplomatie préventive », de « diplomatie discrète », etc.). Le Secrétaire général s'implique de plus en plus dans les différends et tous les secrétaires généraux ont joué dans ce domaine un rôle actif. En outre, le Secrétaire général est prié, tantôt par le Conseil de sécurité, tantôt par l'Assemblée générale, tantôt par les Etats, d'intervenir sur certaines questions (ce qu'il fait parfois également, de sa propre initiative). De plus, toutes les résolutions de l'Assemblée générale, sans exception, et la plupart de celles du Conseil de sécurité lui confient certaines tâches. L'intervenant était d'avis que les responsabilités que confère au Secrétaire général l'article 98 de la Charte des Nations Unies sont légèrement plus étendues que celles énoncées à l'article 99. Le Secrétaire général dispose de moyens pour vérifier les faits — représentants spéciaux, envoyés, missions de maintien de la paix, etc. Sur toute question de droit, le Secrétaire général peut s'adresser au Conseil de sécurité ou à l'Assemblée générale.

Un intervenant a marqué son désaccord avec la proposition, en notant que la faculté pour le Secrétaire général de demander un avis consultatif pourrait donner lieu à des pressions politiques.

Un autre intervenant a soulevé la question de la participation du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies à la procédure consultative de la Cour, s'interrogeant sur la manière dont cette participation était décidée. Il lui semblait que la participation du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies pouvait parfois — mais pas toujours — constituer une manifestation de l'intérêt du Secrétaire général lui-même.

En réponse, l'orateur a indiqué qu'il s'agissait essentiellement d'une question d'appréciation politique. Le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies a eu à prendre part à des procédures consultatives devant la Cour dans des cas où la fonction même du Secrétariat se trouvait en cause.

Selon un intervenant, la procédure consultative souffre de sérieux inconvénients, compte tenu du « dépôt multilatéral simultané de pièces de procédure » par plusieurs Etats. Les écritures sont toutes soumises en même temps, et les Etats n'ont pas la possibilité de se répondre. Un autre problème tient au fait que les demandes d'avis consultatifs sont souvent fort abstraites, et qu'il est difficile à un organe judiciaire de répondre à ce type de questions, ou que, à l'inverse, elles sont parfois très concrètes, lorsqu'elles impliquent un différend entre Etats, auquel cas les difficultés procédurales peuvent être très importantes.

Selon un autre intervenant, la fonction consultative est malheureusement sous-utilisée. Pour lui, il faudrait habiliter le Secrétaire général à demander des avis consultatifs, le Secrétaire général et la Cour étant les deux seuls organes du système de l'Organisation des Nations Unies à ne pas représenter des Etats. Le droit des organisations internationales s'est essentiellement constitué sur la base d'avis consultatifs rendus par la Cour. Les articles 98 et 99 de la Charte des Nations Unies confèrent déjà au Secrétaire général des pouvoirs très étendus. Dans l'hypothèse où le Conseil de sécurité viendrait à demander au Secrétaire général d'agir en violation de la Charte des Nations Unies, celui-ci serait alors à même de prier la Cour de rendre un avis consultatif, procédure qui pourrait faire fonction de contrôle constitutionnel des décisions du Conseil de sécurité. Les grandes puissances ne sont pas sans méfiance à cet égard et, partant, ne souhaitent pas conférer au Secrétaire général la faculté de demander des avis consultatifs.

A la différence du système des Nations Unies, a fait observer l'intervenant, le système interaméricain autorise les Etats à demander directement à la Cour interaméricaine des droits de l'homme un avis consultatif, sans les contraindre à s'adresser d'abord à l'Assemblée générale de l'Organisation des Etats américains : cet accès direct à la procédure consultative est d'une grande utilité.

Un autre intervenant a indiqué ne pas comprendre ce que le rôle du Secrétaire général dans le règlement pacifique des différends aurait à gagner de la faculté qui lui serait conférée de demander des avis consultatifs sur des questions essentiellement importantes pour des tiers ; le Secrétaire général a par ailleurs ses propres attributions et sa propre équipe de conseillers juridiques. Pour sa propre sécurité et sa pérennité, le Secrétaire général doit être un instrument également disponible pour toutes les parties.

L'orateur, sans vouloir imposer ses propres vues sur la question, a néanmoins jugé significatif que la proposition tendant à ce que le Secrétaire général soit habilité à demander des avis consultatifs ait été en faveur pendant le mandat du Secrétaire général Javier Pérez de Cuéllar. Les secrétaires généraux de l'Organisation des Nations Unies ne souhaiteraient pas nécessairement tous demander à la Cour des avis consultatifs, compte tenu des pressions énormes qu'une telle démarche pourrait faire peser sur eux. L'orateur lui-même était néanmoins partisan de doter le Secrétaire général de cette faculté. Le Secrétaire général n'a jamais abusé du droit que lui confère l'article 99 de la Charte d'attirer l'attention du Conseil de sécurité sur toute question qui, à son avis,

pourrait mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationales, et l'on imagine mal pouvoir plus étendu que celui-là. Le Secrétaire général a toujours été réticent à s'engager dans des domaines essentiellement politiques.

De l'avis de l'orateur, le débat a mis en lumière un problème plus général : le sentiment qu'ont les Etats d'être menacés par la Cour et par le droit international en général. Des discussions tenues dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix ont montré que les Etats s'inquiétaient à l'idée que le Secrétaire général se voie conférer trop de pouvoirs et estimaient qu'il ne pouvait être considéré comme un organe délibérant. Selon un autre argument, c'est, aux termes du Statut, le Secrétariat et non le Secrétaire général qui constitue l'organe de l'Organisation des Nations Unies au sens du paragraphe 2 de l'article 96 ; l'orateur jugeait cet argument dépourvu de fondement. Les Etats ont tendance à craindre la présentation de questions à la Cour, de même qu'ils se gardent en général de demander l'avis du conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies. L'orateur a soulevé la question des raisons de cette réticence à demander des avis consultatifs, et celle de savoir pourquoi la communauté juridique internationale ne s'organise pas de manière à permettre un recours plus fréquent et plus efficace à la fonction consultative.

2. Constitution de l'équipe de juristes appelée à plaider devant la Cour

L'orateur a rappelé que, conformément au paragraphe 2 de l'article 42 du Statut de la Cour, les parties « peuvent se faire assister devant la Cour par des conseils ou des avocats ». Cependant, aucune disposition du Statut ne réglemente les qualifications ou la déontologie de ces conseils ou avocats. Les parties disposent donc d'une entière liberté d'action pour constituer leur équipe, sous la seule réserve de respecter le délai de trois ans imposé par les instructions de procédure de la Cour du 4 avril 2002 à la désignation d'anciens juges ou greffiers pour les représenter.

Il semblerait toutefois que la liberté d'action des parties à un différend soit fortement influencée par deux facteurs : le mode de saisine de la Cour et la nature du différend soumis à celle-ci.

Le mode de saisine de la Cour

Dans le cas d'une saisine par voie de requête unilatérale, la partie qui en a pris l'initiative dispose incontestablement de plus de latitude pour choisir les membres de son équipe. Il est vrai que la partie adverse est rarement prise au dépourvu, surtout si la requête unilatérale est fondée sur une clause compromissoire insérée dans un traité multilatéral ou — à plus forte raison — dans un traité bilatéral.

La saisine par voie de compromis influe davantage encore sur la désignation et la composition des équipes. L'élaboration d'un compromis, le plus souvent résultat de longues et difficiles tractations, associe généralement des personnes qui pourront être considérées, une fois l'accord conclu, comme tout à fait qualifiées pour faire partie de l'équipe

appelée à se présenter devant la Cour. Il convient en outre de préserver, dans l'équipe, l'équilibre entre les ressortissants de l'Etat concerné et les autres et d'éviter les équipes pléthoriques qui peuvent se révéler difficiles à gérer.

La saisine par voie de compromis concerne généralement des différends dont les origines remontent loin dans le temps et qui ont fait l'objet de longues et infructueuses négociations entre les parties. L'expérience montre que les parties n'hésitent pas à recourir, au cours de cette phase de négociation, à l'expertise de juristes étrangers avec lesquels elles maintiennent les contacts ainsi établis afin d'éviter qu'ils ne soient recrutés par la partie adverse. Il va sans dire que, dans ce cas, les intéressés, qui maîtrisent parfaitement le dossier, intégreront d'office l'équipe appelée à la barre.

La nature du différend soumis à la Cour

Lorsque sont en cause des questions de fait nécessitant un examen approfondi, le recours au contre-interrogatoire peut s'imposer. Dans ce cas, la présence dans l'équipe de conseils ou d'avocats maîtrisant cette technique, qu'on trouve plus aisément parmi les juristes de *common law*, se révèle indispensable.

Les parties au différend ne peuvent se permettre de méjuger l'équilibre requis entre les systèmes juridiques ou de méconnaître la nécessité d'assurer une certaine égalité linguistique au sein de l'équipe. Il convient enfin de s'assurer, dans les cas où le dossier concerne des questions de sécurité ou de défense nationales, que les personnes engagées, qui peuvent avoir accès à des documents hautement sensibles, respecteront la confidentialité des informations.

3. Les frais afférents à une procédure devant la Cour

L'orateur a indiqué que, en l'espace de quelque cinq ans, la République démocratique du Congo avait porté devant la Cour quatre requêtes et trois demandes en indication de mesures conservatoires. Par ailleurs, elle est partie défenderesse dans l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*.

Porter un différend devant la Cour et le suivre jusqu'à son dénouement impliquent des dépenses non négligeables pour les Etats parties, lesquelles peuvent entraîner des répercussions importantes pour la vie interne des Etats, surtout parmi les moins développés d'entre eux. Les pays les moins développés ou en voie de développement se heurtent à de nombreux obstacles concernant notamment les déplacements, les communications, l'hébergement et l'obtention de visas, par ailleurs limités dans le temps. En vertu des dispositions des paragraphes 3 et 4 de l'article 43 du Statut et des articles 50 et 52 du Règlement, les pièces de procédure et les annexes doivent être établies et déposées en cent vingt-cinq exemplaires, dont soixante-quinze au moins sur papier et cinquante sur CD-ROM, ce qui donne lieu à nouveau à des dépenses considérables.

Les difficultés rencontrées dans l'accès à la Cour internationale de

Justice peuvent également être liées à la méconnaissance, ou à la connaissance insuffisante, de ses procédures et de sa jurisprudence. La fréquentation récente et assidue de la Cour internationale de Justice par la République démocratique du Congo a suscité intérêt accru de la part de divers milieux congolais pour l'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies.

Dans l'affaire qui a opposé la RDC au Rwanda (nouvelle requête), le recrutement des spécialistes, professeurs de droit et experts étrangers a été rendu particulièrement difficile par plusieurs facteurs, notamment le refus de certains spécialistes de s'engager dans cette affaire pour diverses raisons, parmi lesquelles son caractère « hasardeux » et « téméraire », la crainte d'aller à l'encontre du Rwanda, qui jouit d'un capital de sympathie et de compassion à travers le monde du fait du génocide de 1994, ainsi que la faiblesse et l'insuffisance des moyens engagés.

Parmi les mesures déjà prises par la Cour pour faciliter la procédure et en réduire les frais, on trouve notamment :

- l'ouverture du site Internet de la Cour afin de faciliter aux Etats l'accès à certains documents ;
- l'existence d'un Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies (les Etats devant cependant suivre des procédures précises pour solliciter une aide dans ce cadre) ;
- la modernisation du Greffe de la Cour, visant à restreindre les dépenses liées à la traduction et à la production de documents ;
- la possibilité de consulter gratuitement le fonds de la bibliothèque du Palais de la Paix (à ne pas confondre avec la bibliothèque de la Cour) pour les Etats parties à un différend, ces derniers devant toutefois supporter encore les frais de reproduction et d'impression des documents ;
- l'adoption par la Cour de diverses instructions de procédure visant à accélérer la procédure contentieuse.

L'orateur a suggéré d'accroître le budget de la Cour afin de lui permettre de remplir efficacement sa mission. Les conditions d'obtention des visas pour les conseils et avocats devraient être facilitées et le caractère urgent des demandes reconnu, les visas devant être accordés à temps et pour une durée raisonnable (c'est-à-dire de manière à couvrir également le temps requis pour effectuer les recherches nécessaires à La Haye).

Un pays en voie de développement partie à un différend devant la Cour devrait disposer d'un service chargé d'évaluer le coût de la procédure ; l'orateur a également suggéré que soient organisés, aux niveaux national et régional, des séminaires de sensibilisation aux activités et méthodes de travail de la Cour sous l'angle de l'accès à cette dernière.

En conclusion, l'orateur a suggéré de considérer la possibilité d'établir un barreau international pour la Cour internationale de Justice.

Observations faites au cours de la discussion

Un participant a attiré l'attention sur les questions linguistiques dans le cadre de la constitution d'une équipe de juristes, indiquant que les

avocats qui ne maîtrisaient ni l'anglais ni le français étaient exclus du système.

Un autre participant a fait observer que, même si les frais afférents à une procédure devant la Cour étaient incontestablement considérables pour les pays pauvres, l'affaire pouvait être si essentielle pour les intérêts d'un Etat que celui-ci était néanmoins prêt à la soumettre à la Cour. Evoquant sa propre expérience, il a indiqué que, alors qu'il représentait un Etat dans une procédure devant une chambre, celle-ci s'était appuyée sur une carte bien que l'Etat en question eût souhaité l'envoi d'une commission sur le terrain pour y relever des éléments de preuve auprès des populations. Même si l'Etat était prêt à prendre en charge financièrement cette visite, sa demande n'avait pas été acceptée.

Un troisième participant a estimé qu'il n'était absolument pas certain que les frais de procédure devant la Cour fussent si élevés, comparés à l'arbitrage international. Il a toutefois reconnu que les frais de procédure devant la Cour ne devraient pas avoir un effet dissuasif sur les pays en voie de développement, le Fonds d'affectation spéciale du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ayant été créé pour cette raison. Il a fait observer que les avocats internationaux étaient trop peu nombreux et que des règles de déontologie, en particulier en ce qui concerne les tribunaux pénaux internationaux, commençaient à prendre corps. Il a suggéré que le barreau international dresse une liste de conseils qui demanderaient des honoraires moins élevés pour représenter les pays en voie de développement.

Un autre intervenant a relevé que, même si le coût d'une procédure devant la Cour pouvait être élevé, celui, par exemple, d'un avion de combat l'était bien plus. Il a proposé que les parties ne soient pas tenues de traduire leurs propres documents, mais que le coût de la traduction puisse leur être facturé. Quant aux différences de coût entre l'arbitrage et la Cour, il a estimé que le premier était plus onéreux, mais également bien plus rapide, qu'une procédure devant la Cour.

Il a également été souligné, concernant le Fonds d'affectation spéciale, que le Secrétaire général avait récemment fait des efforts pour en augmenter les ressources et que certains Etats avaient versé de généreuses contributions; ce Fonds n'en demeurait pas moins modeste au regard des dépenses entraînées par une procédure devant la Cour. Les Etats ignoraient en général l'existence de ce Fonds, mais des efforts avaient récemment été faits afin de le faire connaître plus largement.

Un autre participant a fait observer que l'une des rubriques de dépenses liées à la procédure qui n'avait pas été abordée était celle concernant la mise en œuvre des décisions de la Cour : dans le cadre d'affaires relatives à des différends frontaliers, par exemple, la démarcation d'une frontière pouvait donner lieu à des dépenses considérables.

4. Décision de demander la soumission d'une affaire à une chambre

L'orateur a rappelé que le Statut de la Cour permanente de Justice internationale n'envisageait pas la constitution de chambres *ad hoc*. Le

Statut de la Cour internationale de Justice prévoit, quant à lui, trois catégories de chambres, à savoir :

— la chambre de procédure sommaire,
— la chambre spéciale (pour connaître de catégories d'affaires particulières) et
— la chambre *ad hoc* « pour connaître d'une affaire déterminée ».

Si les deux premières catégories de chambres sont dormantes, il en est autrement des chambres *ad hoc*. A cet égard, il a été rappelé que le Règlement de 1946 avait été si discret en la matière que deux revisions avaient été jugées nécessaires pour faciliter le recours à une telle formation restreinte. Le débat engagé en vue de la revision s'articulait autour de deux conceptions : celle d'une chambre *ad hoc* vue comme une sorte de tribunal arbitral, d'une part, et celle d'une chambre *ad hoc* en tant qu'émanation de la Cour plénière, d'autre part.

A la date du cinquantième anniversaire de la Cour, quatre différends avaient été tranchés par des chambres *ad hoc*, portant sur des questions diverses : délimitation maritime, délimitation de frontières terrestres ou réquisitions de biens notamment. C'est à cette époque que le Honduras avait été partie à deux affaires jugées par une chambre de la Cour.

Constitution des chambres

Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, le Honduras et El Salvador avaient déposé, en décembre 1986, un compromis soumettant à une chambre un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime. En novembre 1989, le Nicaragua déposa une requête à fin d'intervention en l'affaire, dans laquelle la Cour avait déjà établi une chambre en vertu du compromis conformément aux vœux des parties. En 1990, la Cour plénière dit qu'il appartenait à la Chambre saisie de l'affaire de décider s'il y avait lieu d'accéder à la requête à fin d'intervention en vertu de l'article 62 du Statut.

Le Honduras reçut notification d'une requête déposée par El Salvador le 10 septembre 2002 aux fins de la revision de l'arrêt rendu en 1992, lequel soulevait un certain nombre de questions. Le Statut de la Cour est muet concernant les demandes en revision ou en interprétation d'un arrêt rendu par une chambre, l'article 61 disposant toutefois, dans le texte français du moins, que « [l]a revision ... peut être éventuellement demandée à la Cour ». Le paragraphe 1 de l'article 100 du Règlement de la Cour, en revanche, dispose que : « [s]i l'arrêt [à reviser] a été rendu par une chambre, celle-ci connaît de la demande ... en revision ». Or, compte tenu du temps qui s'était écoulé, il n'avait pas été possible, dans l'affaire en question, de reconstituer la même Chambre. En conséquence, les parties avaient dûment consulté le président de la Cour et l'avaient informé de leur souhait de constituer une « nouvelle » chambre de cinq membres.

Une chambre *ad hoc* fut constituée dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)* en vertu d'un compromis de juin 2001 concernant la « délimitation définitive de l'ensemble de [la] frontière ». En novembre

2002, la Cour décida de constituer une chambre spéciale de cinq juges, dont le président de la Cour, pour connaître de l'affaire. Les chambres *ad hoc* sont constituées par la Cour plénière à la demande des parties, leur composition exacte étant déterminée par la Cour une fois que celle-ci a dûment consulté les parties. Il s'agit là d'un système intelligent et pratique, puisqu'il allie la souplesse et le dynamisme de l'arbitrage à l'esprit et à la procédure judiciaire de la Cour internationale de Justice.

Procédure

L'article 92 du Règlement prévoit le recours éventuel à une procédure simplifiée lorsqu'une chambre *ad hoc* est saisie d'une affaire. Pourtant, la comparaison entre cet article et la manière dont les trois affaires précitées se déroulèrent en fait réserve quelques surprises.

Dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras ; Nicaragua (intervenant))*, le compromis entre le Honduras et El Salvador prévoyait le dépôt simultané des pièces de procédure écrite. Le Nicaragua, dans sa requête à fin d'intervention, pria la Cour plénière de réagencer la procédure écrite, mais celle-ci laissa à la Chambre le soin de statuer sur cette question. Dans la *Demande en revision de l'arrêt du 11 septembre 1992* soumise par El Salvador, la Cour avait fixé au 1er avril 2003 le délai pour le dépôt des observations écrites du Honduras. La procédure écrite s'étant achevée en mai, des audiences furent tenues en septembre de la même année, et la Chambre rendit son arrêt en décembre 2003.

Dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, le compromis soumis par les parties priait la Cour d'autoriser le dépôt simultané des pièces. La Chambre accorda les délais demandés, la procédure orale eut lieu moins de trois mois plus tard et, en juillet 2005, la Chambre rendit son arrêt.

Ainsi, la procédure simplifiée que le Règlement offre aux parties depuis 1978 n'a été utilisée dans aucune de ces affaires et les parties ont continué à appliquer le Règlement et à suivre la pratique procédurale en vigueur devant la Cour plénière. Pourtant, paradoxalement, la décision de ne pas utiliser la procédure simplifiée a eu pour conséquence d'accélérer la procédure.

Article 90 du Règlement de la Cour

Aux termes de l'article 90 du Règlement — article qui rend applicable aux chambres *ad hoc* la section D du titre III du Règlement consacrée aux procédures incidentes dans les affaires contentieuses —, une chambre peut connaître de toute procédure incidente. Cela étant, les procédures incidentes peuvent soulever des problèmes très complexes.

En 1986, une procédure incidente — sous forme de demandes en indication de mesures conservatoires — fut engagée dans une affaire dont connaissait une chambre *ad hoc* : celle du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*. L'un des demandeurs avait soumis sa demande à la Cour plénière, l'autre avait adressé la sienne à la Chambre.

Finalement, deux demandes parallèles en indication de mesures conservatoires furent soumises à la Chambre *ad hoc*.

En 1989, dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime*, le Nicaragua saisit la Cour plénière d'une requête à fin d'intervention, autre forme de procédure incidente. Le Honduras considérait que « la requête à fin d'intervention d[eva]it être examinée par la Chambre et non par la Cour plénière » ; la Cour plénière décida finalement que la Chambre *ad hoc* était compétente pour statuer sur la requête du Nicaragua.

Alors qu'une tierce partie peut engager une procédure incidente devant la Cour plénière, les chambres étant habituellement constituées par voie de compromis entre les parties, il est impossible normalement que se déroule devant une chambre une procédure portant sur une exception préliminaire ou une demande reconventionnelle à laquelle un Etat tiers pourrait vouloir prendre part. De même, il est peu probable qu'une partie estant devant une chambre doive ou veuille s'adresser à la Cour plénière dans le cadre d'une procédure incidente.

En ce qui concerne les quatre principaux types de procédures incidentes (mesures conservatoires, exceptions préliminaires, demandes reconventionnelles et intervention), la Cour plénière et les chambres *ad hoc* ont su remédier aux insuffisances éventuelles du Règlement de la Cour de 1978 (comme l'ont indiqué en 1990 certains juges dans leurs opinions dissidentes) en l'affaire précitée.

Arrêts rendus par les chambres ad hoc

Aux termes de l'article 27 du Statut de la Cour, « [t]out arrêt rendu par l'une des chambres prévues aux articles 26 et 29 sera considéré comme rendu par la Cour ».

L'orateur a indiqué que, si on lui posait aujourd'hui la question de savoir s'il recommanderait à son gouvernement de soumettre une affaire à la décision d'une chambre *ad hoc*, sa réponse serait « oui ». La constitution d'une chambre *ad hoc* peut néanmoins se révéler très difficile ; par exemple, dans l'affaire *Honduras/El Salvador*, le compromis prévoyait une chambre « composée de trois membres [de la Cour], avec le consentement des Parties, ... cet accord étant essentiel pour la formation de la Chambre... ». En d'autres termes, les parties n'allaient constituer de chambre que si elles parvenaient à s'entendre sur une proposition concernant sa composition, laquelle devait être soumise au président de la Cour.

Une autre question est celle de savoir si une chambre peut être créée sans compter de juges *ad hoc* en son sein. C'est là une question épineuse, étant donné que le Statut accorde aux parties le droit de désigner un juge *ad hoc* au sein de la Cour plénière. Il serait par conséquent peu raisonnable de penser que les Etats vont modifier leur comportement et renoncer à ce droit lorsqu'il s'agit de composer une chambre.

L'orateur a conclu que les Etats étaient peu enclins à s'exposer à des incertitudes procédurales en sus du risque inhérent à toute procédure judiciaire. Il a suggéré un certain nombre de conditions à respecter pour

qu'il puisse être davantage fait recours à la constitution de chambres *ad hoc*, certaines de ces conditions étant d'ailleurs déjà remplies :

1. Le nombre de juges nécessaire pour constituer une chambre *ad hoc* et leurs noms devraient être déterminés par la Cour plénière après consultation des parties.
2. Tout demandeur qui saisit la Cour plénière devrait être encouragé par le président à examiner avec le défendeur la possibilité de constituer une chambre pour connaître de l'affaire (voir articles 17 et 31 du Règlement).
3. La période comprise entre la phase écrite et la phase orale devrait rester brève.
4. Une chambre saisie d'une affaire devrait aussi connaître des procédures incidentes engagées dans le cadre de celle-ci.
5. Le droit d'intervention d'Etats tiers devrait être réaffirmé pour les cas où une chambre reconnaîtrait qu'un intérêt d'ordre juridique est en cause, sous réserve que les autres conditions prévues par le Statut et le Règlement soient satisfaites.
6. Un arrêt rendu par une chambre *ad hoc* devrait avoir la même valeur et la même autorité qu'un arrêt rendu par la Cour plénière.

Observations faites au cours de la discussion

Un participant a relevé que, dans une chambre, les juges *ad hoc* pourraient avoir proportionnellement plus de poids qu'au sein de la Cour plénière ; dans ces conditions, les procédures devant les chambres ne se rapprochent-elles pas des procédures d'arbitrage internationales ? Selon le Statut, il ne saurait être question d'arbitrage, puisque la décision d'une chambre doit être considérée comme une décision de la Cour plénière. Le participant a néanmoins rappelé une affaire dans laquelle une chambre avait été composée de deux membres de la Cour, de deux juges *ad hoc* et d'un membre de la Cour dont le mandat expira trois jours après qu'il eut commencé à siéger ; il en était résulté que la Chambre n'était plus constituée majoritairement de membres de la Cour, alors que la décision de la Chambre allait devoir être considérée comme une décision de la Cour. Le participant a suggéré d'accorder par conséquent plus d'attention à la composition des chambres et à la question de savoir si la composition d'une chambre ne risquait pas d'avoir pour conséquence que la procédure s'apparente davantage à une procédure d'arbitrage qu'à une procédure judiciaire.

Dans sa réponse, l'orateur a reconnu que, dans le système des chambres, les juges *ad hoc* étaient parfois plus influents. Il a cependant souligné que, dans l'affaire *El Salvador/Honduras*, au stade du fond, le président et le vice-président de la Cour avaient siégé au sein de la Chambre, et que, dans l'affaire de la demande en revision, le président avait aussi siégé au sein de la Chambre.

Un autre participant a déclaré qu'il n'était pas très partisan du système des chambres, qui pouvait tourner au cauchemar tant pour les agents que pour les conseils, ce qu'avait d'ailleurs laissé entendre l'orateur dans ses précédentes observations. Le système des chambres serait efficace si

la Cour plénière décidait de la composition de celles-ci, ou si la procédure était menée comme un véritable arbitrage, permettant aux parties de choisir librement les juges ainsi que les règles de procédure applicables. Il a aussi fait observer qu'il était beaucoup plus facile pour une partie de persuader trois juges que quinze, ce qui constituait, selon lui, l'un des points faibles de la procédure devant une chambre. La procédure devant les chambres pourrait présenter des avantages indéniables, à condition que les ressources du Greffe soient accrues de manière à ce qu'il soit possible de mener de front plusieurs de ces procédures. Sous sa forme actuelle — une solution intermédiaire entre l'arbitrage et la procédure judiciaire —, elle n'était pas satisfaisante.

RAPPORT DE S. EXC. M. LE JUGE BRUNO SIMMA

SUR LE COLLOQUE TENU À L'OCCASION DU SOIXANTIÈME ANNIVERSAIRE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

Majesté,

Excellences,

Mesdames et Messieurs,

A soixante ans, les institutions, comme les individus, tendent à regarder en arrière et à faire le bilan des succès et des échecs de leur existence. La Cour n'échappe pas à cette règle, et je pense qu'elle a toutes les raisons d'être fière des résultats auxquels elle est parvenue, dans un environnement politique qui ne s'est pas toujours montré très favorable au règlement des conflits internationaux sur la base du droit international. En fait, et bien qu'il existe un nombre croissant d'autres tribunaux sur la scène internationale, la Cour connaît actuellement sa période d'activité la plus intense et se voit chargée de régler des questions toujours plus variées, qui revêtent souvent une importance politique énorme pour les Etats parties aux différends dont elle est saisie.

Mais, ce qui est encore préférable — et encore plus sain — pour tout sexagénaire, c'est de ne pas se complaire dans l'autosatisfaction, mais de se tourner vers l'avenir et de s'employer à devenir encore plus actif, à donner encore plus de sens à son existence. C'est précisément dans cet esprit que nous avons décidé d'instaurer à l'occasion de ce soixantième anniversaire ce que nous avons appelé « Un dialogue à la Cour », sous la forme du colloque qui a eu lieu ces deux derniers jours. L'idée était essentiellement de procéder à un échange de vues avec nos « clients » actuels et potentiels — les Etats —, de discuter avec eux de la manière de rendre la Cour plus attrayante et lui donner les moyens de fournir un service encore meilleur dans les années à venir. A cette fin, nous avons invité les conseillers juridiques des Etats qui ont plaidé devant la Cour au cours de la décennie écoulée, dans des procédures contentieuses ou consultatives, à se joindre aux membres actuels de la Cour, anciens juges, juges *ad hoc* en fonction et anciens juges *ad hoc*, et aux universitaires et praticiens qui ont exercé les fonctions de conseil ou d'avocat devant la Cour pendant cette période. Ce groupe choisi devait participer à un dialogue qui devait être, et qui a été effectivement, aussi pragmatique et sincère que possible. Nous sommes parvenus à ce résultat en suivant la règle dite de « Chatham House », en vertu de laquelle toutes les déclarations pourront être évoquées en public sans toutefois qu'une idée ou un point de vue puisse être attribué à son auteur. La discussion s'est déroulée en trois tables rondes consacrées aux thèmes suivants : questions de compétence, questions de procédure et questions de l'accès à la Cour.

La première question, celle de la compétence, est d'une importance cruciale pour notre institution, parce que la Cour ne peut trancher un différend porté devant elle que si les deux parties y ont consenti. Ce consentement peut s'exprimer de différentes manières; au cours du colloque, ces différentes méthodes, leurs avantages et leurs inconvénients respectifs ainsi que les interactions entre elles, ont été examinées de manière très fine et approfondie. On peut dire, je crois, que, sur ce point, les participants à la discussion ont fait preuve d'une grande ouverture d'esprit en abordant des questions anciennes de manière fort constructive, tout en mettant de côté les résistances habituelles en la matière.

Les participants au colloque se sont ensuite intéressés à la procédure devant la Cour et ont discuté de questions parfois extrêmement pratiques, en cherchant à déterminer la façon d'organiser au mieux cette procédure et de l'adapter aux circonstances propres à chaque affaire. A cet égard, les problèmes liés à la gestion du temps sont bien entendu d'une grande importance; d'autres problèmes auxquels la Cour — et les parties — se trouve aujourd'hui confrontée ont trait à la nécessité d'examiner une grande quantité d'éléments de preuve, notamment des dépositions de témoins, et à la pertinence pour la Cour des décisions rendues par d'autres tribunaux internationaux sur des sujets connexes.

Enfin, dans le contexte de l'accès à la Cour, les participants au colloque ont abordé des sujets allant des possibilités de saisine de la Cour par les organisations internationales, notamment l'Organisation des Nations Unies et son Secrétaire général, à des questions comme celle de l'organisation — et du financement — de l'équipe juridique d'une partie.

Je suis convaincu que tous les participants s'accorderont à dire que ce colloque a été vraiment très utile. Il a mis en lumière un grand nombre d'idées et d'aspects qui sont d'un intérêt immédiat pour les Etats qui songent à saisir la Cour ou qui l'ont déjà fait, mais aussi pour la Cour elle-même, dans son effort constant pour remplir le plus efficacement possible la mission qui lui incombe en tant qu'organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies. Les résultats du colloque seront publiés prochainement sous une forme respectant la règle de « Chatham House ». Nous remercions toutes les personnes qui ont participé à ce dialogue pour l'intérêt et l'enthousiasme dont elles ont fait preuve, les organisateurs du colloque, ainsi que les membres du Greffe de la Cour pour le très grand concours qu'ils ont apporté à cet événement.

Je vous remercie beaucoup de votre attention.